

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RAFAEL SCUR DO NASCIMENTO

**A GESTÃO PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E O SISTEMA
ACUSATÓRIO**

Florianópolis

2018

RAFAEL SCUR DO NASCIMENTO

**A GESTÃO PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E O SISTEMA
ACUSATÓRIO**

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em
Direito do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal de Santa Catarina como
requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dr.^a. Luana Renostro Heinen

Florianópolis


2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

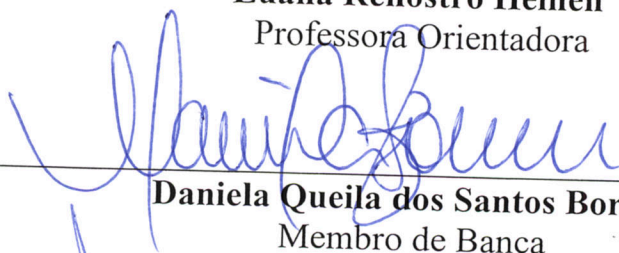
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**A gestão probatória no Processo Penal brasileiro e o Modelo Acusatório**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Rafael Scur do Nascimento**, defendido em **20/06/2018** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

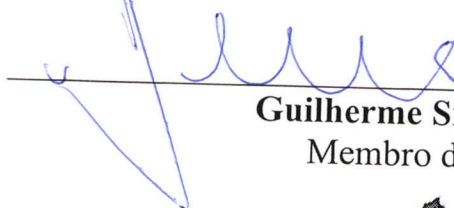
Florianópolis, 20 de Junho de 2018



Luana Renostro Heinen
Professora Orientadora



Daniela Queila dos Santos Bornin
Membro de Banca



Guilherme Silva Araújo
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina

Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Rafael Scur do Nascimento

RG: 4.147.801

CPF: 091.744.899-50

Matrícula: 14101535

Título do TCC: A gestão probatória no Processo Penal brasileiro e o Modelo Acusatório

Orientador(a): Luana Renostro Heinen

Eu, Rafael Scur do Nascimento, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 20 de Junho de 2018.



Rafael Scur do Nascimento

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à minha família pelo carinho e afeto e, em especial, a meus pais, Lourival e Carla, pelo amor incondicional a mim dispensado em todos os momentos da minha vida, desde meus primeiros passos, sendo os principais responsáveis por tornar possível a conclusão desta etapa.

À Sabrina, pelo apoio, carinho e paciência, deixando este desafio, de alguma forma, mais leve.

Ao Marcos e à Clarice, por sempre me acolherem tão bem, dispensando a mim carinho imensurável.

Ao meu amigo Pedro, pelos bons momentos vivenciados durante todos os anos desta amizade.

Aos meus primos Felipe, Bruno, Mateus e Gustavo, da mesma forma, por todos os bons momentos compartilhados desde a infância.

Aos amigos que conheci na minha graduação, por todos os auxílios e conversas, cabendo dar especial menção a Alexandre, Igor, Marco, Paulo, João, Kim e, ainda, aqueles que, muito embora tenham deixado o curso, merecem ser mencionados, no caso, Stefano e Arthur.

Aos locais em que realizei estágio, por todo o aprendizado e a oportunidade de conhecer pessoas incríveis, especialmente à Defensoria Pública da União, em razão dos ensinamentos advindos daquele órgão e das pessoas que lá conheci, cabendo fazer breve menção a Julia, Iara, Lucas, Thaian, Naomi, Igor e Carla, além de tantos outros que lá passaram e, de alguma forma, me proporcionaram boas memórias.

À professora orientadora Luana, por aceitar o desafio de me orientar na confecção deste trabalho, sempre me auxiliando da melhor maneira possível, sendo, para mim, um exemplo a ser seguido.

Além disso, agradeço a todos os demais amigos que aqui, pela limitação do espaço, não pude mencionar.

Por fim, agradeço a todos os professores que me auxiliaram em todas as etapas do meu processo de aprendizado, estendendo este agradecimento, ainda, à minha mãe, pela sorte que tive em ser seu aluno.

"Embora nós apenas fizéssemos cumprir a Constituição, nossa atuação contrariava as violências dos que tinham tomado o poder à força."

Evandro Lins e Silva

RESUMO

O presente trabalho objetiva avaliar a problemática que engloba a atuação *ex officio* do juiz na produção probatória, de modo a aferir a compatibilidade da delegação de poderes instrutórios ao magistrado com o modelo acusatório e os princípios constitucionais decorrentes do devido processo legal. Para isso, inicialmente é feito breve percalço histórico, revisitando alguns dos modelos históricos de sistema processual penal. Identifica-se que o principal critério diferenciador é a postura do magistrado, passiva no modelo acusatório, delegando às partes o protagonismo na produção probatória, e ativa no modelo inquisitório, gerando confusão, em certos momentos, com a figura do acusador. No segundo capítulo, o sistema processual penal brasileiro é analisado, constatando-se que a etapa inicial do rito processual, tida como pré-processual, detém características notadamente inquisitórias, enquanto a segunda fase, entendida como processual, preza o respeito a diversos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, sendo caracterizada, por grande parte da doutrina, à vista disso, como acusatória. Não obstante, verifica-se que muitas das garantias previstas são relativizadas sob os mais diversos pretextos. Discutem-se também as formas de busca da verdade, constatando-se que a busca pela verdade real e, de forma mais atenuada, pela verdade correspondente, constituem fundamentos para a delegação de poderes instrutórios ao magistrado, com vistas a perseguir, de maneira irrestrita, tais verdades. Como possível solução ao problema, estabelece-se a ideia de verdade análoga, sendo contingencial ao processo. Na sequência, é realizado o estudo da gestão probatória, identificando a função persuasiva das provas e o sistema de livre convencimento motivado. Analisa-se o art. 156, I e II, do CPP. Tal dispositivo apresenta problemas no *caput*, ao distribuir de forma igualitária o ônus probatório, uma vez que, por força da presunção de inocência, o ônus probatório deveria recair sobre o polo ativo da ação penal. Ademais, o inciso I delega ao magistrado poderes instrutórios na fase pré-processual, contaminando-o psicologicamente, antes mesmo do início do processo, sendo tal entendimento corroborado pela maioria da doutrina. O inciso II faculta atuação de ofício para dirimir dúvida, sendo, da mesma forma, criticado nesta pesquisa por ferir a imparcialidade do magistrado. Diante de tal contexto, definiu-se o processo penal brasileiro como (*neo*)inquisitório, por força do princípio regente deste sistema, qual seja, o inquisitivo. No capítulo final, discute-se como a Operação Lava Jato teria alterado o paradigma processual penal de modo a relativizar as garantias dos investigados e acusados e, diante disso, aponta-se a necessidade de se alterar o Código de Processo Penal para impedir a atuação probatória de ofício pelo magistrado. Para isso, além da contextualização histórica, é feito um excursus a fim de analisar o *plea bargaining*, verificando que tal instituto guarda semelhanças com as torturas realizadas para obtenção da confissão na Inquisição Católica. Após, diante da análise determinados casos, constata-se que a operação vem cometendo excessos. Além disso, aspecto marcante da Operação Lava Jato funda-se na grande utilização de colaborações premiadas, realizadas de forma irrestrita, não respeitando os limites constitucionais. O desrespeito aos limites constitucionais dá-se pela implementação de uma lógica economicista e mercadológica no âmbito processual, importando, tão somente, a busca por informações privilegiadas. Após tal análise, chega-se ao tópico final, com o estudo do PLS 156/09, verificando que o Projeto constitui uma possível solução ao problema da gestão probatória com a adoção expressa do sistema acusatório a partir das seguintes medidas: vedação à atuação probatória do magistrado na fase pré-processual e em substituição ao acusador, somente permitindo ao magistrado dirimir dúvidas de ofício após a produção probatória das partes. No entanto, como o PLS ainda permite a atuação do juiz *ex officio* (mesmo que após a produção probatória das partes), apresentou-se uma nova sugestão de modo a vedar qualquer tipo de atuação probatória *ex officio*. Apesar da ressalva, constatou-se que o PLS constitui um importante avanço rumo à instituição de um processo penal acusatório. Por

fim, concluiu-se que a mudança legislativa deve ser acompanhada de uma substancial alteração da mentalidade inquisitória que ainda domina a realidade forense brasileira.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Sistemas Processuais Penais. Gestão Probatória. Garantias Fundamentais. Princípio da Imparcialidade

ROL DE ABREVIATURAS OU SIGLAS

CF – Constituição Federal

CPP – Código de Processo Penal

MPF – Ministério Público Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAI.....	13
2.1 SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO.....	13
2.1.1 HISTÓRICO.....	13
2.1.1.1 Sistema Acusatório Grego.....	13
2.1.1.2 Sistemas Romanos: <i>cognitio</i> , <i>accusatio</i> e <i>cognitio extra ordinem</i>	15
2.1.1.3 Sistema Germânico e as ordálias.....	18
2.1.1.4 Sistema Acusatório Inglês.....	21
2.1.2 O MODELO PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO.....	22
2.2 SISTEMA PROCESSUAL PENAL INQUISITÓRIO.....	25
2.2.1 HISTÓRICO.....	25
2.2.1.1 A Inquisição Católica.....	24
2.2.2 O MODELO PROCESSUAL PENAL INQUISITÓRIO.....	29
2.3 O SISTEMA MISTO DE NAPOLEÃO.....	34
3 A GESTÃO PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	37
3.1 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.....	37
3.1.1 O NASCIMENTO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL VIGENTE.....	37
3.1.2 O INQUÉRITO POLICIAL.....	38
3.1.3 O PROCESSO PENAL E AS GARANTIAS DO ACUSADO.....	45
3.2 A PROVA E AS FORMAS DE BUSCA DA VERDADE.....	54
3.3 A GESTÃO PROBATÓRIA.....	58
3.3.1 A GESTÃO PROBATÓRIA E O ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	60
3.4 SISTEMA MISTO (?)......	64
4 NOVO PARADIGMA E POSSÍVEIS SOLUÇÕES RUMO AO MODELO ACUSATÓRIO.....	67
4.1 O PROCESSO PENAL EM TEMPOS DE LAVA JATO.....	67
4.1.1 BREVE HISTÓRICO DA OPERAÇÃO.....	67
4.1.2 O <i>PLEA BARGAINING</i>	70
4.1.3 LAVA JATO E O NOVO PARADIGMA DO PROCESSO PENAL.....	73
4.2 O PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 156/2009 (PROJETO DE LEI Nº 8.045/10 NA CÂMARA).....	88
5 CONCLUSÃO.....	97

REFERÊNCIAS.....102

1 INTRODUÇÃO

O Processo Penal assumiu, ao longo dos tempos, características distintas, que variavam na medida dos interesses do ente estatal que o criava. Em que pese a existência, no decurso da história ocidental, de diversos modelos processuais com características próprias, teóricos desse campo do conhecimento os classificam em dois grupos distintos: modelos processuais inquisitórios e acusatórios.

Dessa clássica divisão se percebeu uma certa familiaridade entre processos de corte inquisitório e modelos estatais autoritários, marcados pela predominância do interesse estatal em detrimento do indivíduo. Por outro lado, os modelos processuais marcados por características acusatórias vinculavam-se a estados de cunho democrático, primando pelo interesse individual de modo a estabelecer garantias ao acusado.

A depender do modelo escolhido, o Processo Penal assumia objetivos que se intercambiavam na medida de sua intensidade: ora o processo detinha como objetivo central o estabelecimento de garantias mínimas ao acusado, sendo, portanto, o caminho necessário para o exercício do poder punitivo estatal, ora o elemento fulcral era a descoberta da verdade do que havia ocorrido naquele caso penal em específico, a ser realizada por meio da reconstrução histórica do passado.

A realização deste segundo objetivo passa, necessariamente, pelo uso das provas, com vistas a transformar alegações vazias em argumentos passíveis de capturar psicologicamente o magistrado, verificando a correspondência dessas provas com o que é alegado.

Portanto, as provas têm enorme relevância para o processo penal e analisar o modo pelo qual são produzidas torna-se fundamental para definir qual o modelo processual adotado.

Diante dessas explanações, a presente pesquisa, realizada na forma de monografia, busca esclarecer os principais aspectos referentes à delegação de poderes instrutórios conferidos ao magistrado no contexto do Processo Penal brasileiro.

Através da análise de tais aspectos, o problema central da presente pesquisa é: o dispositivo do Código de Processo Penal brasileiro que delega ao magistrado poderes instrutórios, está em consonância com o devido processo legal e o modelo acusatório adotado pela Constituição?

Ante o problema central exposto, a hipótese básica, inicialmente, conduz à seguinte conclusão: a atuação probatória de ofício viola princípios processuais penais adotados pela Constituição Federal, tais como o princípio da imparcialidade e da presunção de inocência, que consagram o devido processo legal.

A pesquisa justifica-se diante da realidade forense brasileira, mormente no que tange ao processo penal, que é marcada, em vários momentos, por posturas ativas dos magistrados, corroboradas pelo discurso de que a verdade real deve ser o objetivo central do processo e, desse modo, faculta-se ao magistrado buscar provas para encontrar essa suposta verdade.

Por isso, é relevante analisar o grau de participação do magistrado na produção probatória no Sistema Processual Penal brasileiro e a sua direta relação com o alheamento deste no que tange aos interesses das partes, com vistas a aferir a manutenção de sua imparcialidade, discussão que se intensificou por força da Operação Lava Jato.

Ademais, no que concerne aos objetivos da presente pesquisa, cumpre destacar, como objetivo central, a verificação se a produção probatória de ofício está em desacordo com o modelo processual penal acusatório, bem como com os princípios constitucionais decorrentes do devido processo legal.

Tem-se, ainda, como objetivos específicos, analisar a distinção entre sistema processual penal inquisitório e acusatório; identificar qual o sistema processual penal compatível com a Constituição Federal, se acusatório ou inquisitório; esclarecer a importância da gestão probatória para a identificação do sistema processual penal adotado e para a garantia dos direitos do acusado; verificar a relação entre as diferentes formas de verdade no processo penal e a gestão probatória; entender o novo paradigma estabelecido na realidade processual brasileira por conta da Operação Lava Jato; por fim, analisar o Projeto de Lei do Senado nº 156/09 como possível solução à delegação de poderes instrutórios do magistrado.

O método de abordagem a ser utilizado para a elaboração da pesquisa será o dedutivo, realizada por meio de pesquisa bibliográfica e documental.

Quanto à estruturação, a opção escolhida foi pela divisão em três capítulos, sendo o primeiro capítulo dedicado à explanação das principais características dos modelos acusatório e inquisitório, perpassando, necessariamente, pela análise histórica de alguns modelos processuais que influenciaram, ainda que indiretamente, a realidade processual penal pátria.

No segundo capítulo, será realizado o estudo das duas fases procedimentais do modelo processual brasileiro, identificando suas principais características e a comparação destas com os modelos inicialmente analisados. Passado esse momento, realizar-se-á breve excursão visando analisar as formas de busca da verdade no processo penal, diante da direta relação com gestão probatória, desde a verdade real, característica de modelos inquisitórios, até as formas de verdade correspondente, passando, ainda, pela análise da construção da verdade contingencial, criada de forma análoga.

Neste mesmo capítulo, será feito o estudo dos principais aspectos concernentes à gestão probatória no âmbito do processo penal, notadamente por força do art. 156 do CPP, ao conferir poderes instrutórios ao magistrado nas duas fases procedimentais do Processo Penal pátrio. Por fim, será estabelecida a classificação do modelo processual penal brasileiro, utilizando-se, para isso, da teoria do professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

No capítulo derradeiro, será trazida à presente pesquisa a discussão sobre a emergência de um novo paradigma de processo penal decorrente da Operação Lava Jato. Assim, será feito um breve histórico da operação, passando, ainda, pela análise do *plea bargaining* estadunidense, para, em seguida, analisarem-se os excessos que vêm sendo perpetrados no âmbito da Lava Jato, bem como o instituto da colaboração premiada, em razão da larga utilização nos processos decorrentes desta operação.

Por fim, diante da reafirmação de um modelo que se distancia dos paradigmas constitucionais através da introdução da lógica economicista na sistemática processual penal brasileira, busca-se uma solução para a problemática apresentada. Dessa forma, o capítulo se encerrará com a análise do Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009, que visa instituir um novo Código de Processo Penal, uma vez que tal projeto busca a estruturação de um modelo acusatório, alterando de forma substancial a gestão probatória da atual sistemática processual penal brasileira.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Inicialmente, a fim de facilitar a posterior compreensão acerca do objeto da presente pesquisa, utilizar-se-á a clássica divisão entre os sistemas processuais penais ditos puros, quais sejam, o acusatório e o inquisitório.

Através da divisão desses dois sistemas por meio da elucidação de suas principais características, será possível classificar, no capítulo seguinte, o sistema processual penal brasileiro, bem como analisar a problemática da gestão probatória no contexto do Brasil.

Dessa forma, nesse primeiro momento, far-se-á breve explanação histórica trazendo a lume modelos processuais cujas características restam abarcadas na conceituação aqui adotada de sistema processual acusatório, elucidando, ainda, quais seriam os principais aspectos de tal sistema.

Em seguida, será trazida à pesquisa o modelo processual penal adotado pela Inquisição Católica, considerada por diversos autores, como o período responsável por prover os principais alicerces ao que hodiernamente é definido como sistema inquisitório.

Ainda, nesse mesmo tópico, serão esmiuçadas as principais características do processo inquisitório, evidenciando os males que a incessante busca por uma verdade substancial gera a quem é escolhido como objeto do sistema processual.

Por fim, diante de sua influência na estrutura bifásica do modelo brasileiro, far-se-á breve análise acerca do modelo processual misto, criado em 1808, na Era Napoleônica.

2.1 SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO

2.1.1 HISTÓRICO

Ab initio, serão analisados alguns dos sistemas processuais penais que antecederam a Inquisição Católica, denotando-se que, em sua grande maioria, apresentavam características do que atualmente é definido como sistema acusatório.

O primeiro sistema processual penal a ser analisado é o da Grécia antiga.

Após, os sistemas romanos que, inicialmente, detinham características inquisitórias por meio da *cognitio*, passando à *accusatio* e, posteriormente, adotando sistema de cunho inquisitorial, denominado *cognitio extra ordinem*.

Na sequência, o objeto de estudo será o modelo germânico dos desafios e, por fim, o modelo processual inglês.

2.1.1.1 Sistema Acusatório Grego

O processo penal grego, mais precisamente o ateniense, surge no século VI antes de cristo.

De acordo com Lopes Jr. (2016, p. 145):

A origem do sistema acusatório remonta ao direito grego, o qual se desenvolve pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador. Vigorava o sistema de ação popular para os delitos mais graves (qualquer pessoa podia acusar) e acusação privada para os delitos menos graves, em harmonia com os princípios do direito civil.

Destarte, Prado (2005, p. 128) afirma que, em se tratando de ação popular, após a convocação do Tribunal, cabia às partes apresentarem suas provas de modo a comprovar as alegações trazidas ao processo, não incumbindo ao tribunal qualquer diligência instrutória.

Nesse sistema prevalecia, segundo Prado (2005, p. 129), “a igualdade entre acusador e acusado que, de ordinário, permanecia em liberdade durante o julgamento, liberdade muitas vezes condicionada à caução”.

À vista disso, a presunção de inocência era a regra no modelo processual ateniense, uma vez que a liberdade do acusado somente seria cerceada no curso do processo em casos de relevante necessidade.

Ademais, o processo penal grego era marcado pela oralidade, uma vez que os debates eram realizados frente ao Tribunal popular, onde cada juiz valorava a prova de acordo com sua íntima convicção (PRADO, 2005, p. 129).

Khaled Jr. (2016, p. 37) ressalta que “a tarefa de acusar gerava custos para o acusador privado, que era obrigado a prestar caução para responder a possível indenização em caso de acusação falsa”.

Feita essa breve explanação, denota-se que o modelo processual grego pode ser definido como um sistema acusatório puro, contendo as principais características desse sistema.

Dessa forma:

[...] no que se refere aos aspectos processuais o sistema ateniense caracterizava-se por conter elementos que são fundamentais para o sistema acusatório: a separação das funções de julgar e acusar, a gestão de provas nas mãos das partes e a publicidade e oralidade. (KHALED JR., 2016, p. 39)

Ao manter o julgador afastado de funções delegadas às partes e destituído de qualquer capacidade instrutória, tal sistema possibilitava julgamento com maior grau de isenção, pois os juízes mantinham-se distantes de qualquer ambição acerca da verdade dentro do processo penal o que, como será visto, acarretou em diversas atrocidades.

Nesse sentido, Foucault (2006, p. 54-55) esclarece que no processo penal grego ocorreu a criação de nova forma de obtenção da verdade:

[...] há o desenvolvimento de um novo tipo de conhecimento: conhecimento por testemunho, por lembrança, por inquérito. Saber de inquérito que os historiadores, como Heródoto, pouco antes de Sófocles, os naturalistas, os botânicos, os geógrafos, os viajantes gregos vão desenvolver e Aristóteles vai totalizar e tornar enciclopédico. Houve na Grécia, portanto, uma espécie de grande revolução que, através de uma série de lutas e contestações políticas, resultou na elaboração de uma determinada forma de descoberta judiciária, jurídica, da verdade.

Ademais, o célebre autor evidencia a importância do processo ateniense como forma de contenção do poder punitivo estatal:

Esta dramatização da história do direito grego nos apresenta um resumo de uma das grandes conquistas da democracia ateniense: a história do processo através do qual o povo se apoderou do direito de julgar, do direito de dizer a verdade, de opor a verdade aos seus próprios senhores, de julgar aqueles que os governam. (FOUCAULT, 2006, p. 54)

Em que pesem as características nitidamente acusatórias do processo penal da antiga Atenas, Khaled Jr. (2016, p. 38) salienta que as penas aplicadas por esse modelo eram marcadas pela crueldade, tendo em vista que a pena detinha viés quase que exclusivamente utilitarista.

Passa-se agora aos modelos processuais penais que vigiam na Roma Antiga.

2.1.1.2 Sistemas Romanos: *cognitio*, *accusatio* e *cognitio extra ordinem*

Na Roma Antiga, ocorre a utilização de três modelos processuais distintos a depender do sistema político vigente

O primeiro modelo processual a ser analisado é a *cognitio* adotado na Alta República Romana e marcado pela intervenção estatal em todas as funções processuais por meio dos magistrados que, nesse período, detinham amplos poderes. (LOPES JR., 2016, p. 145)

Nesse modelo não havia limites processuais ao poder do magistrado, sendo a ele autorizada a atuação *ex officio* desde o início da persecução penal. Assim explicita Khaled Jr. (2016, p. 40):

O juiz não necessitava de provocação para agir, não existiam trâmites processuais determinados previamente, nem regramento de provas e de sua forma de recepção, nem nenhum direito estabelecido para a intervenção do acusado.

A *cognitio* é marcada pela utilização da lógica do direito penal do inimigo, sendo feita, nesse modelo, a distinção entre o inimigo pessoal e o inimigo do Estado:

Esse conceito bem preciso de inimigo remonta à distinção romana realizada entre o *inimicus* e o *hostis*, mediante a qual, o *inimicus* era o inimigo pessoal, ao passo que o verdadeiro inimigo político seria o *hostis*, em relação ao qual é colocada a possibilidade de guerra como negação absoluta do outro ser ou realização extrema da hostilidade. O *estrangeiro*, o *estranho*, o *inimigo*, o *hostis*, era quem carecia de direitos em termos absolutos, quem estava fora da comunidade. (ZAFFARONI, 2007, p. 21-22)

Impende frisar que Zaffaroni (2007, p. 22) menciona que a figura do *hostis* era subdividida em outras duas, quais sejam, a do *hostis alienígena*, sendo este o estrangeiro e o *hostis judicato*, aquele que era declarado pelo próprio Senado Romano como inimigo público.

Sob essa lógica persecutória, as garantias nesse modelo são escassas, existindo a possibilidade de detenção preventiva desde a citação do acusado – *vocatio* – não havendo qualquer limitação temporal dessa, que poderia perdurar de forma perpétua. (MAIER, apud KHALED JR., 2016, p. 40).

Aos condenados considerados cidadãos e varões, de acordo com Lopes Jr. (2016, p. 145), existia a possibilidade de interposição de um recurso de anulação, denominado *provocatio*.

Às mulheres e às pessoas que não eram consideradas cidadãs, inexistia qualquer meio para recorrer da decisão. Khaled Jr. (2016, p. 41) afirma que “foi da insatisfação com essa insuficiência que ocorreu a possibilidade de superação da *cognitio* pela *accusatio*”.

Destarte, Lopes Jr. (2016, p. 145) explicita que “na *accusatio*, a acusação (polo ativo) era assumida, de quando em quando, espontaneamente por um cidadão do povo”.

E segue o autor, “tratando-se de *delicta publica*, a persecução e o exercício da ação penal eram encomendados a um órgão distinto do juiz, não pertencente ao Estado, senão um representante voluntário da coletividade (*accusator*)”. (LOPES JR. 2016, p. 145).

Por meio de uma clara separação entre julgador e acusador e do efetivo afastamento daquele no que concerne à gestão probatória, o processo penal romano começa a ontologicamente alterar sua função: de *modus operandi* para buscar-se a verdade, passa a modelo garantidor de direitos ao acusado frente à violência estatal perpetrada por meio do direito penal.

É nesse sentido que explicita Khaled Jr. (2016, p. 43):

Percebe-se que ao separar de forma irrestrita as funções de acusar e julgar e delegar às partes a gestão da prova, o sistema nitidamente rompia com a ambição da verdade que caracteriza as práticas persecutórias da *cognitio*, sinalizando com o surgimento de uma maquinária regada de contenção a quaisquer anseios punitivistas, em sintonia com o novo momento que Roma atravessava.

Nesse novo momento, ocorreu a criação de tribunais populares que, aos poucos, foram assumindo as funções antes delegadas aos magistrados, denominados centúrias, cuja condição básica para se tornar jurado era possuir 30 anos e ser cidadão romano, de acordo com o que dita Khaled Jr. (2016, p. 43).

Essa forma acusatória, segundo Prado (2005, p. 131-132),

[...] era dominada integralmente pelo contraditório, cumprindo às partes pesquisarem e produzirem as provas das suas alegações. Tratava-se de um modelo de processo público e oral, cujos debates formavam o eixo central, dos quais derivava o fundamento da decisão.

Dessa forma, o órgão julgador assumia postura passiva, relegando às partes as funções de acusação e defesa e também a completa gestão probatória.

Ademais, esse modelo processual possui enorme relevância no concernente ao novo significado assumido pela prova utilizado nessa nova fase, agora entendida como forma de reconstrução histórica, conceito abarcado, impende frisar, pelo direito contemporâneo.

Assim:

[...] o sistema de prova observava um dos princípios fundamentais que incorporou o direito e que subsiste até nossos dias: desapareceu por completo o sentido subjetivo e mítico da prova, como meio pelo qual a divindade demonstrava por signos exteriores a razão de um dos adversários; o combate judicial cedeu lugar ao conhecimento histórico, ao sentido de prova como reconstrução histórica de um acontecimento por rastros que ele havia deixado no mundo (MAIER apud KHALED JR., 2016, p. 46).

Em que pesem os avanços que o modelo da *accusatio* proporcionou, a alteração do sistema político imperial em detrimento da antiga República fez com que esse modelo processual restasse insuficiente frente aos novos anseios punitivos do Estado.

Destarte:

[...] o sistema acusatório foi se mostrando insuficiente para as novas necessidades de repressão dos delitos, ademais de possibilitar com frequência os inconvenientes de perseguição inspirada por ânimos e intenções de vingança. por meio dos oficiais públicos que exerciam a função de investigação (os denominados *curiosi*, *nunciatores*, *statioanarii*, etc.), eram transmitidos aos juízes os resultados obtidos. (LOPES JR., 2016, p. 146)

Diante dessa insuficiência, órgãos estatais iniciam processo de aglutinação de funções antes delegadas aos cidadãos. Esse novo modelo, agora denominado *cognitio extra ordinem*, atua, segundo Khaled Jr. (2016, p 47), “[...] em sintonia com as novas ideias políticas: o poder de julgar foi centralizado; o direito de acusar sobreviveu nas mãos do povo apenas em delitos privados, passando a estar sob controle oficial nos demais casos”.

Impende frisar, conforme Khaled Jr. (2016, p. 49), que os delitos privados foram sendo absorvidos pelos órgãos estatais, destruindo assim qualquer espécie de limitação do poder punitivo.

As figuras da acusação e do julgador fundem-se em órgão único que poderia até mesmo iniciar a perseguição penal sem qualquer espécie de provocação externa, sob o perverso pretexto de buscar-se a verdade a todo custo.

Nesse diapasão:

Por sua vez, os magistrados foram ampliando cada vez mais a sua esfera de atribuições, alcançando aquelas antes reservadas aos particulares, até chegar-se ao extremo, como salientou Manzini, de se reunirem em um mesmo órgão do Estado as funções que atualmente competem ao Ministério Público e ao juiz, com a máxima disposição dos magistrados de descobrirem a verdade, não deixar ao desamparo os fracos e evitar o *non liquet*, tal seja, o pronunciamento da não-decisão, a impossibilidade de um veredicto decisivamente solucionador do concreto conflito de interesses. (MANZINI, 1951, p. 7 apud PRADO, 2005, p. 133).

De igual forma à antiga *cognitio*, nesse novo modelo processual a lógica do direito penal do inimigo ressurgiu por meio da introdução de condutas que não mais feriam as vítimas, mas sim, o próprio imperador, tais como a subversão e conjura, transformando o processo penal romano na figura germinal do que viria a se tornar processo inquisitivo.

É nesse sentido que explicita Carvalho (2008, p. 7):

As primeiras manifestações do processo inquisitorial ocorreram na Roma Imperial, após a introdução dos delitos de *laesae maiestatis* (subversão e conjura), nos quais o ofendido era o soberano.

Sob a pretensa lógica da persecução irrestrita da verdade, o modelo final da história romana aniquilou por completo qualquer aspiração acusatória, provendo os alicerces, como já dito, ao modelo processual inquisitório e, por consequência, à série de atrocidades por ele perpetradas ao longo de toda a história.

À vista disso, os modelos processuais penais romanos têm o condão de trazer a lume a intrínseca relação entre sistemas políticos e suas respectivas opções no que concerne ao modelo processual penal adotado.

2.1.1.3 Sistema Germânico e as ordálias

Com a derrocada do Império Romano, a Europa continental passa a ser influenciada pelo direito germânico, muito em razão da invasão bárbara e, segundo Ferrajoli (2002, p. 453), “o processo volta a ser acusatório, confundindo-se nas primeiras jurisdições bárbaras com os ritos das ordálias e desafios judiciais”.

De acordo com Manzini (1951, p.11, apud Khaled Jr., 2016), “[...] o procedimento acusatório baseado nos institutos germânicos desenrolava-se em contraditório entre as partes, com citação, prazo para responder, contestar, produzir provas, etc”.

De maneira oposta aos modelos inquisitivos romanos, o modelo germânico era caracterizado por órgãos estatais adotando postura passiva, delegando às partes, precipuamente, a solução do litígio.

É nesse sentido que afirma Maier (apud Khaled Jr., 2016):

[...] o procedimento judicial propriamente dito cumpria um papel secundário e acessório, pois somente era levado a cabo quando fracassava a composição privada extrajudicial, dando início ao processo, de nítidas características acusatórias.

Nem sequer a acusação era feita por um órgão estatal, cabendo ao ofendido ou familiar deste realizar a denúncia quando houvesse ocorrido algum dano, ou pelo menos a suposição da ocorrência de um dano. Dessa forma:

Para haver um processo de ordem penal era necessário que tivesse havido dano, que alguém ao menos pretendesse ter sofrido dano ou se apresentasse como vítima e que esta pretensa vítima designasse seu adversário, a vítima podendo ser a pessoa diretamente ofendida ou alguém que pertencesse a sua família e assumisse a causa do parente. (FOUCAULT, 2006, p. 56)

As ações públicas ocorriam, à vista do que menciona Foucault (2006, p. 56), apenas em casos de traição e homossexualidade.

Vale frisar que, apesar dos conflitos serem resolvidos amplamente no âmbito privado, ainda era dada a possibilidade de o ofendido valer-se de tribunal popular. Nesse sentido, assevera Prado (2005, p. 136):

A partir de um determinado momento o entendimento privado constitui-se no método predominante de solução dos conflitos de interesses de natureza penal, o que não impedia o ofendido de se socorrer dos Conselhos (Placita), assembléias populares que ministravam justiça, começando aí o verdadeiro processo judicial de corte acusatório.

Entretanto, para além da adoção de modelo de viés acusatório, o processo penal adotado pelos antigos povos germânicos era marcado por um novo sentido atribuído às provas.

Nesse modelo germânico:

A atividade probatória não se destinava a demonstrar um fato com objetividade, ou seja, a estabelecer a verdade sobre a hipótese objeto do processo, nem a formar a convicção do tribunal sobre a responsabilidade ou inocência do acusado: era um meio de luta entre as partes, através do qual uma delas demonstrava a maior força de suas afirmações sobre o direito que invocava (MAIER apud KHALED JR., 2016, p. 53)

Não existe, pois, no processo germânico qualquer aspiração de busca pela reconstrução histórica do fato ocorrido, uma vez que, segundo Khaled Jr. (2016, p. 53), “[...] a verdade é efetivamente expulsa do sistema, pois não o integra de forma alguma”.

Portanto, no modelo germânico “[...] uma espécie de guerra particular, individual se desenvolve e o procedimento penal será apenas, a ritualização dessa luta entre os indivíduos”. (FOUCAULT, 2006, p. 56).

Nessa espécie de guerra ritualizada existiam diversas espécies de prova, pois, de acordo com Khaled Jr. (2016, p. 53), havia provas de caráter social, cujo valor probatório se encontrava na própria pessoa que alegava, provas de caráter verbal, marcadas pela formalidade e, por fim, provas corporais ou físicas.

Além dos embates físicos propriamente ditos, tal sistema proporcionou a utilização das ordálias. Este sistema de provas consistia na utilização de elementos da natureza como forma de comprovação da alegação da inocência do acusado através de uma suposta intervenção divina:

Se os elementos naturais não se comportassem da forma habitual - de maneira que o acusado não se queimasse com fogo ou água fervendo, ou que suas feridas se curassem em um determinado período - estaria demonstrada a intervenção divina para revelar a inocência do acusado. (BACHMAIER WINTER apud KHALED JR., 2016, p. 54)

Como visto, o processo penal adotado pelos povos ditos bárbaros é marcado por peculiaridades, principalmente no que concerne à noção atribuída à prova.

Dessa forma, Foucault elucida quatro características fundantes que demonstram como funcionava a prova judiciária nesse modelo. A primeira delas, segundo Foucault (2006, p. 61-62), é a estrutura binária da prova, atribuindo a derrota se uma das partes se recusasse a participar do desafio. A segunda é a implicação da prova em uma derrota ou uma vitória, inexistindo qualquer intervenção de um terceiro. A terceira, relacionada a isso, consiste na participação do terceiro somente para aferir se as regras formais estão sendo respeitadas. Por fim, a última característica é a de que a prova não tem o condão de trazer à tona a verdade, servindo somente para apontar quem é mais forte e, por conseguinte, quem tem razão.

À vista do exposto, denota-se que no sistema germânico, como já fora mencionado, inexistia qualquer atribuição de verdade às provas produzidas.

Por conta de seus aspectos fundantes, Khaled Jr. (2016, p. 56) afirma que “[...] esse sistema apresenta características nitidamente acusatórias: separação das funções de acusar e julgar, juiz alheio à gestão da prova, publicidade e oralidade”.

Esse modelo processual de disputa, apesar de conter características de viés acusatório, não solucionava os litígios a ele trazidos, gerando adversamente, graves danos àqueles que dele faziam parte.

É nesse sentido que afirma Prado (2005, p. 122):

A nosso juízo, os duelos, jogos e ordálias não antecipam formas dialéticas de disputas, pautadas pela adversariedade. Quando os antigos duelavam ou aceitavam compensações, ponderadas pela intensidade do sofrimento causado pelo crime, buscavam tão-só controlar as forças da natureza e assegurar a sobrevivência do grupo, de outro modo condenado a desintegrar-se.

Assim, alerta Khaled Jr. (2016, p. 56) que a desconsideração completa da verdade dentro processo penal pode trazer tantos malefícios quanto a sua busca desmedida, como será visto em capítulo referente ao sistema inquisitório.

O modelo germânico extinguiu-se, consoante o que dita Prado (2005, p. 138), em razão da consolidação da jurisdição eclesiástica responsável por difundir em toda Europa Continental o processo de cunho inquisitorial.

2.1.1.4 Sistema Acusatório Inglês

Enquanto a Europa Continental começava a experimentar os horrores perpetrados pela Inquisição, na Inglaterra origina-se modelo processual penal de enorme relevância histórica, marcado por características precipuamente acusatórias.

Tal modelo surge, conforme afirma Coutinho (2009, p. 105), em razão da centralização do poder político realizada por Henrique II, instituindo uma lei do exército de modo a proibir que os senhores feudais criassem exércitos próprios em troca da proteção advinda do reino.

Outro passo dado pelo rei foi acabar com as ordálias trazidas pelos germânicos, por meio da concentração do poder jurisdicional em suas mãos:

Assim, todos os que se sentissem prejudicados poderiam reclamar ao rei e o faziam por meio de petições. Essas, em regra, eram recebidas e decididas pelo Lord Chanceler e, em nome do rei, emitiam-se ordens escritas (*writ*) aos representantes reais (locais), ditos *sheriff*, a fim de que esse ordenasse que o indicado desse satisfação ao queixoso ou, se fosse o caso, comparecesse para dar explicações. (COUTINHO, 2009, p. 105)

De acordo com Coutinho (2009, p. 105), no século XII, em razão do abarrotamento da jurisdição real, Henrique II instituiu o júri como órgão responsável para a resolução de conflitos.

O julgamento pelo júri, denominado *Trial by Jury*, era composto de duas esferas distintas, quais sejam, o *Grand Jury* e o *Petty Jury*. Dessa forma, explicita Prado (2005, p. 151):

Cabia ao *Grand Jury*, composto por vinte e três jurados de cada condado, denunciar os crimes mais graves aos juízes (júri de acusação), enquanto o *Petty Jury*, composto geralmente por doze jurados, ocupava-se com as provas, de que cada jurado podia ter ciência própria, isso se o réu desde logo não confessasse (*guilty plea*), situação que gerava a isenção de julgamento.

Entretanto, nos séculos XV e XVI, conforme elucida Khaled Jr. (2016, p. 113), “o *Petty Jury* foi reformado para tornar-se somente uma instância de julgamento, o que fez com que a acusação fosse entregue a qualquer pessoa do reino”.

No modelo inglês, portanto, ao juiz é delegada a exclusiva função de orientar o trabalho do júri, não cabendo a ele qualquer persecução da verdade.

Dessa forma, “[...] o juiz anglo-americano facilita o trabalho do júri preparando-o e orientando-o, de modo algum ele é ministro da verdade cabe ao júri dizer o verdadeiro e o falso, distinguir o justo e o injusto”. (GARAPON; PAPAPOULOS, 2008, p. 124).

No que se refere ao papel do júri, elucida Coutinho (2009, p. 107):

O vital, porém, era que os juízes decidiam com base naquilo que sabiam (como não poderia deixar de ser), mas, depois, com base naquilo que as partes aportavam ao processo, o qual se mostrava como um jogo dialético entre os argumentos delas, em geral travado em local público.

Por conta das características adotadas pelo sistema inglês, muitos autores consideram tal modelo como sistema acusatório puro. É esse o entendimento de Prado (2005, p. 152):

Destarte, a instituição dessa exclusiva ação penal popular, e a postura de imparcialidade e equidistância do júri (passividade), comungam para que se aceite que o processo anglo-saxão tenha conservado um sistema tipicamente acusatório.

Apesar de haver diversas críticas no que concerne à extrema subjetividade do veredito prolatado pelo júri e a possibilidade de total desconsideração do núcleo probatório, a estrutura do modelo processual inglês teve importante função como modo de contenção do poder punitivo estatal. (KHALED JR., 2016, p. 114)

Ademais, de acordo com Ferrajoli (2002, p. 112), foi a manutenção do modelo acusatório inglês, em detrimento do modelo inquisitorial que dominava toda a Europa Continental, a grande responsável pela retomada do modelo acusatório por parte do movimento iluminista.

Da mesma forma, explicita Khaled Jr. (2016, p. 115):

Desse modo, a tradição acusatória prosperou no contexto inglês, sem que os efeitos nefastos da revolução inquisitória fossem lá sentidos e dando luz a um sistema acusatório distinto dos sistemas continentais, que costuma ser referido como *adversarial system*.

Destarte, por todo o exposto, resta clara a importância do modelo processual penal inglês como forma de garantir ao acusado direitos mínimos ante a persecução penal.

2.1.2 O MODELO PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO

Analisando tais sistemas, tornam-se claras algumas das características do que seria um sistema processual acusatório.

Inicialmente, cabe consignar que, no Sistema Acusatório, o juiz permanece afastado da instrução probatória, adotando postura passiva, uma vez que é função das partes, nesse modelo, produzir as provas:

Quanto à iniciativa probatória, o juiz não era dotado do poder de determinar de ofício a produção de provas, já que estas deveriam ser fornecidas pelas partes, prevalecendo o exame direto das testemunhas e do acusado. Portanto, sob o ponto de vista probatório, aspira-se uma posição de passividade do juiz quanto à reconstrução dos fatos. Com o objetivo de preservar sua imparcialidade, o magistrado deve deixar a atividade probatória para as partes. (LIMA, 2016, p. 40)

O papel do magistrado, sem qualquer função instrutória, é, segundo Lima (2016, p. 40), o “[...] de garante das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais”.

Impende ressaltar que é justamente a gestão das provas exclusiva nas mãos das partes que definirá o sistema como acusatório, uma vez ser este o critério que define os princípios regentes dos sistemas processuais. Vale frisar que tal questão será melhor analisada quando do estudo do sistema processual penal adotado no Brasil.

Prosseguindo, nesse modelo processual, consoante Lopes Jr. (2016, p. 147), o magistrado é livre para valorar as provas a ele apresentadas, seja pelo sistema de livre convencimento ou livre convencimento motivado, inexistindo, pois, o sistema de tariffação das provas, característica marcante do sistema inquisitório, onde o legislador definia previamente o peso de cada espécie probatória.

Além da gestão das provas delegadas às partes, o Sistema Acusatório apresenta outras características fundantes, tais como a clara separação entre as funções de acusar e julgar:

[...] o acusatório institui o divórcio entre as funções de julgamento e acusação, que aqui são exercidas por órgãos diferentes e não guardam entre si nenhuma independência funcional. O juiz surge como um terceiro supra partes incumbido de verificar se estas obedeceram as regras preestabelecidas em juízo, para em seguida proferir o julgamento do conflito. (CAMARGO, 2005, p. 68)

Separadas as funções, cabe ao juiz adotar postura de equidistância em relação aos interesses das partes.

Tal equidistância, consoante o que explica Luigi Ferrajoli, constitui um dos três perfis necessários à imparcialidade do julgador:

Chamarei eqüidistância (*sic*) ao afastamento do juiz dos interesses das partes em causa; independência à sua exterioridade ao sistema político e em geral a todo sistema de poderes; naturalidade à determinação de sua designação e à determinação das suas competências para escolhas sucessivas à comissão do fato submetido ao seu juízo. Esses três perfis da imparcialidade do juiz requerem garantias orgânicas que consistem do mesmo modo em separações: a imparcialidade requer a separação institucional do juiz da acusação pública; a independência requer a sua separação institucional dos outros poderes do Estado e por outro lado a difusão da função judiciária entre sujeitos não dependentes um do outro; a naturalidade requer exclusivamente a sua separação de autoridades comissionadas ou delegadas de qualquer tipo e a predeterminação exclusivamente legal das suas competências (FERRAJOLI, 2002, p. 464-465)

Portanto, para a garantia deste alheamento, torna-se necessário que o juiz não tenha qualquer interesse na causa que julga:

Esse distanciamento do juiz relativamente aos escopos perseguidos pelas partes deve ser tanto pessoal como institucional. E necessário em primeiro lugar que o juiz não tenha qualquer interesse privado ou pessoal na solução da causa [...] Para garantir essa indiferença ou desinteresse pessoal em relação aos interesses em conflito é necessária a possibilidade de recusa do juiz por qualquer das partes interessadas. (FERRAJOLI, 2002, p. 465-466)

A imparcialidade do magistrado é, à vista disso, fator essencial para que o devido processo legal seja de fato aplicado:

Com efeito, o juiz que antecipadamente está em condições de ajuizar a solução para o caso penal (que em algumas hipóteses sequer foi objeto de pretensão do interessado), na prática torna dispensável o processo, pois tem definida a questão independentemente das atividades probatórias das partes, comportamentos processuais que devem ser realizados publicamente e em contraditório. Ocorre que o devido processo legal só constitui, de fato, mecanismo civilizado de resolução de causas se o resultado não puder ser determinado antecipadamente, (PRADO, 2005, p 179)

Destarte, a gestão probatória afastada das funções do magistrado aliada à ausência de interesse deste na causa das partes torna possível um julgamento mais imparcial e, por consequência, mais justo.

Nesse Sistema, portanto, o convencimento do magistrado é formado por meio de um jogo dialético entre as partes:

[...] a concepção acusatória permite pensar o processo de conhecimento como espaço cênico, como campo de diálogo, de representação e de interpretação, o momento da fala judicial é o da sentença. Assim, durante os procedimentos instrutórios, o protagonismo será exercido através do concurso ativo das partes. Acusação e defesa, em paridade de armas, movimentam-se no debate do jogo processual para dar substância às (hipó)teses historicamente construídas. (CARVALHO, 2016, p. 165-166)

Assim, sendo um processo de partes, torna-se necessário que acusação e defesa estejam em pé de igualdade e, para isso, o acusado, bem como seu defensor, detém a condição de sujeito de direitos, deveres, ônus e faculdades (PRADO, 2005, p. 195).

Dessa forma, ao acusado é possibilitado o amplo exercício do contraditório e do direito de resistir à pretensão punitiva através da ampla defesa, com acesso ao duplo grau de jurisdição, em procedimento marcado, em regra, pela oralidade, bem como pela publicidade dos atos (LOPES JR., 2016, p. 147).

Ademais, Lopes Jr. (2016, p. 147) ainda afirma que nesse sistema, de forma a garantir a segurança jurídica, é essencial a formação de coisa julgada das decisões.

Por todo o exposto, denota-se que o processo penal de viés acusatório é fundado no estabelecimento de garantias ao réu como forma de controle do *jus puniendi* estatal:

Este último se satisfaz com o resultado obtido de qualquer modo, pois nele prevalece o objetivo de realizar o direito penal material, enquanto no processo acusatório é a defesa dos direitos fundamentais do acusado contra a possibilidade de arbítrio do poder de punir que define o horizonte do mencionado processo. (PRADO, 2005, p. 172-173)

Dessa forma, discriminadas as principais características, passa-se agora à análise do sistema que é considerado diametralmente oposto ao Acusatório, qual seja, o Sistema Processual Inquisitório.

2.2 SISTEMA PROCESSUAL PENAL INQUISITÓRIO

Nesse tópico far-se-á o estudo do Sistema Processual Penal Inquisitório, perpassando, inicialmente, pela análise da Inquisição Católica, considerada, para muitos autores, como período responsável pela gênese desse modelo processual.

Após a breve contextualização histórica, serão traçadas as principais características deste modelo processual penal para, em tópicos posteriores, compará-las com as características do Processo Penal Brasileiro, principalmente no que concerne à gestão probatória, objeto desta pesquisa.

2.2.1 HISTÓRICO

2.2.1.1 A Inquisição Católica

O início da Inquisição decorre, precipuamente, do temor que a Igreja Católica experimentava por conta de questionamentos que a doutrina vinha enfrentando, como bem explicita Novinsky (1994, p. 10):

Em fins do século XIII a Igreja Romana sentiu-se ameaçada por uma série de críticas que estavam sendo feitas aos dogmas sobre o quais se apoiava a doutrina cristã. Essas críticas e dúvidas sobre a verdade absoluta da mensagem da Igreja aumentaram gradativamente, e os indivíduos que partilhavam dessas ideias contestadoras eram chamados hereges.

Vale frisar que, antes mesmo do início da Inquisição, o modelo processual das ordálias, popularmente adotado na Europa continental, começou a gradualmente sofrer influência da Igreja:

O caráter religioso que o sistema acusatório do medievo lentamente assumiu é evidente, pois a prática das ordálias passou a exigir a presença de um representante da Igreja, o que acabou contribuindo para a sua gradual substituição pelas formas inquisitórias de inspiração romana. (KHALED JR. 2016, p. 57)

O enfraquecimento da doutrina católica estava diretamente ligado à mudança do corpo social que ocorria na época: a troca dos feudos pelos burgos e, por consequência, a adoção de nova mentalidade, agora comercial:

Algumas medidas já haviam sido tomadas: Inocêncio III, o papa de então, havia baixado uma Bula (*Vergentis in senium*), em 1199, equiparando o crime de heresia ao de lesa majestade, historicamente o mais grave dos crimes. Ela, como tal, produziu poucos efeitos, porque eventual punição ainda estava afeta aos leigos que, ademais, começavam a avolumar poder em face do crescimento das nascentes cidades

medievais, construídas não pela decadência dos feudos, mas, sobretudo, em função da necessidade dos senhores das caravanas melhor conduzirem e distribuírem suas mercadorias, fato determinante não só da criação dos entrepostos comerciais, mas, principalmente, para serem eles regidos por uma outra mentalidade, ligada ao comércio e, portanto, muito diferente daquilo que se tinha nos feudos. (COUTINHO, 2009, p.104)

Dessa forma, apesar de permanecer presente nos burgos, o domínio da Igreja sobre o corpo social começa a ser disputado com aqueles que detinham o poder econômico à época, no caso, os comerciantes, conhecidos como burgueses. Tal fator, aliado à criação das Universidades, cuja função era preparar as pessoas para nova realidade social dos burgos, acabou por enfraquecer os dogmas e postulados da Igreja Católica. (COUTINHO, 2009, p. 104-105).

Essa mudança do paradigma econômico da época, além de abalar dogmas estruturantes da fé católica, aumentava a criminalidade, gerando desconforto aos interesses régios, que agora necessitavam de um novo modelo de controle social:

[...] a revolução inquisitorial satisfaz exigências de dois mundos: o eclesiástico, que desejava combater as heresias, e o civil, no qual a expansão econômica gerava criminalidade; tais interesses exigiam um nível de repressão incompatível com as acusações privadas; a cultura jurídica romana impunha decisões técnicas; os interrogatórios de ofício já haviam sido praticados desde os iudicia synodalia carolíngios e, portanto, não eram novidade. (CORDERO apud KHALED JR., 2016, p. 58),

Nesse sentido, afirma Novinsky (1994, p. 15):

Mas para que a caça aos hereges surtisse efeito, era necessário o apoio do Estado, dos soberanos temporais, o que mostra a implicação política dessas perseguições, principalmente numa época em que o Estado e a Igreja estavam unidos.

Assim, em 1215, visando extirpar de vez o modelo processual de desafios, a Igreja dá início ao que posteriormente seria conhecido como modelo processual inquisitorial, através do IV Concílio de Latrão:

No início do século XIII, então, presente o problema, Inocêncio III reúne a cúpula da Igreja Católica em São João de Latrão e, ali, em 1215, decide-se (faz-se uma opção) pela força. É o nascimento de um novo modelo processual, ao qual não interessava aquele que estava em vigor, ou seja, os chamados Juízos de Deus, adotado (ou domesticado?) dos invasores “bárbaros” vindos do norte para demolir o império romano. (COUTINHO, 2009, p. 105)

Por meio de tal Concílio, o inquérito começa a ser utilizado pela Igreja como forma de descoberta da verdade processual, onde não havia mais a necessidade de um acusador, nem de qualquer provocação das partes:

[...] foi no decorrer do século XIII que o inquérito tomou impulso como forma de conhecimento processual, pela Decretal do Papa Inocêncio III, que lhe dotou de firmes delineamentos, creditando o método secreto e sem necessidade de provocação das

partes, como mais apropriado para a investigação dos crimes de heresia e de desvios de comportamento dos clérigos. (CAMARGO, 2005, p. 64)

O processo inquisitório é finalmente moldado por meio da edição das bulas papais subsequentes ao decreto de Inocêncio III:

A inquisição propriamente surgiu quando em 1232 o imperador Frederico II lançou editos de perseguição aos hereges em todo o Império pelo receio de divisões internas. O papa Gregório IX, temendo as ambições político-religiosas do imperador, reivindicou para si essa tarefa e instituiu inquisidores papais [...] A partir de então se foi criando uma prática de controle severo das doutrinas, legitimadas com sucessivos documentos pontifícios como a bula de Inocêncio IV (*Ad extirpanda*) de 1252, que permitia a tortura dos acusados para quebrar-lhes a resistência. (BOFF, 1993, p. 13)

Nessa mesma época é criado o Tribunal do Santo Ofício, órgão responsável por julgar aqueles considerados réus pela jurisdição eclesiástica:

No transcurso do século XIII foi instituído o *Tribunal da Inquisição* ou *Santo Ofício*, para reprimir a heresia ou tudo que fosse contrário ou que pudesse criar dúvidas acerca dos Mandamentos da Igreja Católica. Inicialmente, eram recrutados os fiéis mais íntegros para que, sob juramento, se comprometessem a comunicar as desordens e manifestações contrárias aos ditames eclesiásticos que tivessem conhecimento. Posteriormente, foram estabelecidas as comissões mistas encarregadas de investigar e seguir o procedimento. (LOPES JR., 2016, p. 152)

Impende ressaltar que, além das bulas, os inquisidores eram norteados por manuais que circulavam por toda Europa. Dentre eles, o *Directorium Inquisitorium*, escrito pelo teólogo catalão Nicolau Eymerich em 1376 e revisto em 1578 por Francisco de La Peña, foi um dos mais difundidos.

Eymerich, por meio do *Directorium Inquisitorium*, traduzido como Manual dos Inquisidores, provê todos os alicerces necessários à atividade inquisitória, desde a conceituação da figura do herege até toda a parte procedimental do processo inquisitorial.

No que concerne ao conceito de herege, Eymerich (1993, p. 31), de forma sintética, define como heréticos todos aqueles que, de alguma forma, acolheram uma doutrina falsa em detrimento da verdadeira (doutrina católica), negando esta.

O rol definido por Eymerich (1993, p. 36-75) das pessoas consideradas hereges é extenso, podendo ser citados os heresiarcas, blasfemadores, demonólatras, videntes e adivinhos, cristãos que aderiram ao judaísmo, excomungados, bem como todos aqueles que, de alguma forma, auxiliam ou seguem pessoas consideradas hereges.

Denota-se, dessa forma, que a inquisição aplicava de modo bastante expressivo o direito penal do inimigo, utilizando-se do *jus puniendi* como forma de eliminar da sociedade todo aquele que não se enquadrava aos padrões pré-estabelecidos pelo poder.

Destarte:

Trata-se de uma vasta caracterização de sujeitos tidos como indesejáveis para a economia do poder estabelecida, o que motivará o desenvolvimento de um conjunto de estratégias de perseguição voltadas para a sua sistemática destruição. (KHALED JR., 2016, p. 66)

Portanto, é o poder vigente que definirá quem será considerado inimigo da sociedade. Nesse sentido, afirma Zaffaroni (2007, p. 41):

A interrogação violenta de todos os objetos a serem conhecidos e a hierarquização de seres humanos são duas condicionantes que partem da necessidade de conhecimento (*apetite de saber*) do poder que, ao mesmo tempo, é árbitro do *bom* e, portanto, o único capaz de definir o *mau* e assinalá-lo como *inimigo*, *hostis*. (grifos do autor)

Importa frisar que o processo inquisitorial se espalhou por toda Europa continental, sendo amplamente utilizado pela jurisdição laica exercida pelo poder real, muito em razão da dupla significação do conceito de crime:

[...] o instrumental normativo de definição do desvio é construído com a coligação entre as noções de direito e moral, perfazendo uma estrutura híbrida de ilícito parcialmente civil (terreno) e parcialmente eclesiástico, cuja ofensa manifesta-se simultaneamente contra Deus e o Príncipe. Desta natureza 'mista' do desvio punível obtém-se o tipo de lesa-majestade divina. (CARVALHO, 2008, p. 15)

Nesse mesmo sentido, elucida Prado (2005, p. 138):

[...] a Igreja passa a enxergar no crime não só uma questão de interesse privado mas, principalmente, um problema de salvação da alma, requisitando-se o magistério punitivo como forma de expiação das culpas. O arrependimento não é mais suficiente. É necessária a penitência, motivo por que cumpre à Igreja investigar um significativo número de infrações, ratificando-se assim, politicamente, a sua autoridade.

Ferrajoli (2002, p. 454), dessa forma, afirma que

[...] o processo inquisitório de fato assumiu bem rapidamente um caráter ordinário, difundindo-se depois do século XVI em todo o continente europeu, generalizando-se para todos os tipos de crimes, complicando-se em virtude da multiplicação dos foros e das incertezas das competências, organizando-se segundo um complexo código de provas legais, técnicas inquisitórias, práticas de tortura e cânones de magistratura, gerando e por sua vez alimentando-se daquela "multidão de formalidades" e das "intrigas e confusões" inventadas pelas "milícias togadas" e pelas "milícias doutorais", que durante cinco séculos infestaram a Europa fazendo da doutrina do processo penal uma espécie de ciência dos horrores.

Com o advento do Iluminismo, o processo inquisitorial perde força, sendo, pois, substituído por formas acusatórias:

A batalha cultural e política contra a irracionalidade e o arbítrio desse procedimento forma um dos motivos animadores de todo o Iluminismo penal reformador. De Thomasius a Montesquieu, de Beccaria a Voltaire, de Verri a Filangieri e a Pagano, todo o pensamento iluminista concordou com a denúncia da desumanidade da tortura e do caráter despótico da Inquisição, assim como com o redescobrimiento dos valores garantistas da tradição acusatória, tal como foi transmitida do antigo processo romano ao ordenamento inglês. (FERRAJOLI, 2002, p. 454)

E segue o autor:

Foi, portanto, natural que a Revolução Francesa adotasse - na oportunidade imediatamente seguinte a 1789 - o sistema acusatório, baseado na ação popular, no júri, no contraditório, na publicidade e oralidade do juízo e na livre convicção do juiz. (FERRAJOLI, 2002, p. 454)

Em que pese tais avanços, o ranço inquisitorial permaneceu vivo, conforme explicita Khaled Jr. (2016, p. 108):

A estrutura do sistema inquisitório somente foi modificada sensivelmente no final do século XVIII e início do século XIX, em decorrência do processo reformador e revolucionário. Mas já era tarde demais. O estrago já estava feito: a essência inquisitória foi mantida de forma velada, com o advento do sistema misto e de uma nova anatomia política substancialmente distinta da anterior.

Feita essa breve explanação histórica acerca da origem do sistema inquisitorial, passa-se à análise de suas características estruturais.

2.2.2 O MODELO PROCESSUAL PENAL INQUISITÓRIO

Inicialmente, importa destacar que a inspiração para estruturação do processo inquisitorial vem da *cognitio extra ordinem* romana:

Pode-se afirmar que a herança da cultura hegemônica e estilizada do Direito Romano, cultivada nas prestigiosas universidades italianas pelos glosadores (1100 a 1250) e pós-glosadores (de 1250 a 1450), superou o Direito Germânico, de tradição popular. A Igreja, indiscutivelmente, contribuiu para o sucesso da difusão do modelo de inspiração romanística, cujo último paradigma havia sido, como visto, a *cognitio extra ordinem*, difundindo universalmente o modelo inquisitorial à base de uma universalidade cristã, tendente a se impor a todos os povos. (PRADO, 2005, p. 140)

A abertura de um processo no sistema inquisitorial, segundo Eymerich (1993, p. 105-109), poderia iniciar pela acusação, por meio de uma denúncia, ou *ex officio*, através da investigação feita pelo próprio inquisidor.

Dessa forma, Prado (2005, p. 141) elucida que a denúncia poderia ser realizada de forma anônima:

Vale deixar consignado que a Inquisição começa propriamente quando se admite a denúncia, inclusive anônima, como forma de principiar uma investigação, prescindindo-se dela, mais tarde, ao se permitir o início do processo de ofício, bastando para tanto o rumor público, revelador da ocorrência de uma infração.

O processo inquisitorial é marcado pela retomada do inquérito em contraposição ao sistema de desafios do direito germânico, sendo utilizado como forma de descoberta da verdade:

O inquérito vai ser o substituto do flagrante delito. Se, com efeito, se consegue reunir pessoas que podem, sob juramento, garantir que viram, que sabem, que estão a par; se é possível estabelecer por meio delas que algo aconteceu realmente, ter-se-á indiretamente, através do inquérito, por intermédio das pessoas que sabem, o equivalente ao flagrante delito. (FOUCAULT, 2005, p. 72)

Assim, tal modelo processual penal era dividido em duas fases, conforme afirma Lopes Jr. (2016, p. 152):

O processo inquisitório se dividia em duas fases: inquisição geral e inquisição especial. [...] A primeira fase (geral) estava destinada à comprovação da autoria e da materialidade, e tinha um caráter de investigação preliminar e preparatória com relação à segunda (especial), que se ocupava do processamento (condenação e castigo).

A publicidade, característica marcante dos modelos acusatórios antecedentes, desaparece no processo inquisitório, pois, segundo Camargo (2005, p. 75), o inquérito detinha caráter essencialmente secreto, onde as partes, nessa fase inicial, não tinham sequer o conhecimento de que estavam sendo investigadas, ou do teor das acusações.

Dessa forma:

O direito de defesa era muito limitado, possível de se externar somente na segunda fase do processo, depois que os atos concernentes à prova da culpa do acusado estavam praticamente completos. Agrava-se a isso o fato de que essa primeira etapa do modelo inquisitorial, com flagrante impedimento do exercício de defesa, não era apenas uma peça informativa, mas contava como prova judiciária. (CAMARGO, 2005, p. 65)

Ademais, além de secreto, o processo penal inquisitório era marcado pela forma escrita, inexistindo, nesse modelo, a oralidade:

A forma escrita constitui-se em outro aspecto do modelo inquisitório de Processo Penal, que lhe dotou de muita formalidade, já que todos os atos, para serem válidos, deveriam ser inseridos em documentos escritos. As alegações orais não podiam ser acrescentadas ao conjunto probatório e isso dificultava a defesa do acusado, além de tornar o processo muito lento, prejudicando seu andamento contínuo. (CAMARGO, 2005, p. 67)

Outra característica marcante de tal modelo é a inexistência de coisa julgada, delegando ao inquisidor a possibilidade de perseguir o mesmo acusado por diversas vezes, independente de prévia absolvição:

[...] a inexistência de coisa julgada era característica do sistema inquisitório. [...]. Dessa forma, mantinha-se o absolvido ao alcance da Inquisição e o caso poderia ser reaberto mais tarde pelo tribunal, para punir o acusado sem o entrave do trânsito em julgado. (LOPES JR., 2016, p. 157)

Nesse sistema, a fase de inquérito e o posterior processo eram presididos pelo mesmo juiz inquisidor, haja vista que era aglutinada em uma mesma pessoa as funções de investigar, acusar e julgar, sob o obscuro pretexto de persecução da verdade:

O juiz inquisidor atuava como parte, investigava, dirigia, acusava e julgava. Convidava o acusado a declarar a verdade sob pena de coação. Tãmanha era a característica persecutória do sistema, que sequer havia constatação de inocência na sentença que eximia o réu, mas um mero reconhecimento de insuficiência de provas para sua condenação (KHALED JR., 2010, 295)

Diante disso, o que antes era uma relação triangular, com funções de acusar e julgar distintamente evidenciadas, desaparece, delegando ao juiz inquisidor papel de superioridade em relação ao acusado:

O controle direto do processo penal pelos clérigos exclui, por conveniência, um órgão acusador: o *actus trium personarum* já não se sustenta. Ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, [...]. A superioridade do juiz, à evidência, é nítida (mas lógica, na estrutura do sistema), até porque o desencadeamento e o impulso processual é atribuição sua, o que pode ser evidenciado, entre outras coisas, a partir do fato de fixar tanto o *thema probandum* quanto o *thema decidendum* (COUTINHO, 2015)

Essa simbiose entre as figuras do julgador e a do acusador acaba por aniquilar a equidistância que o magistrado deveria manter em relação aos interesses das partes, característica marcante do Sistema Acusatório, como já explicitado.

Nessa mesma esteira, segue o pensamento de Lima (2016, p. 38):

Essa concentração de poderes nas mãos do juiz compromete, invariavelmente, sua imparcialidade. De fato, há uma nítida incompatibilidade entre as funções de acusar e julgar. Afinal, o juiz que atua como acusador fica ligado psicologicamente ao resultado da demanda, perdendo a objetividade e a imparcialidade no julgamento.

Cumprе ressaltar que toda a lógica norteadora do sistema processual penal inquisitório se funda na busca de uma verdade real, substancial, legitimando, pois, todos os fins possíveis para “encontrá-la”, como bem explicita Ferrajoli (2002, p. 434-435):

[...] o processo decisionista, e tipicamente o inquisitivo, assenta-se em todos os casos na busca da verdade substancial, que por isso se configura como uma verdade máxima, perseguida sem qualquer limite normativo aos meios de aquisição das provas e ao mesmo tempo não vinculada, mas discricionária, no mínimo porque a indeterminação das hipóteses de acusação e o seu caráter avaliativo exigem, mais que provas, juízos de valor não contestáveis pela defesa. Nesse segundo modelo o fim (de atingir a verdade qualquer que seja) justifica os meios (os procedimentos quaisquer que sejam).

Do mesmo modo, afirma Lima (2016, p. 39):

Trabalha o sistema inquisitório, assim, com a premissa de que a atividade probatória tem por objetivo uma completa e ampla reconstrução dos fatos, com vistas ao descobrimento da verdade. Considera-se possível a descoberta de uma verdade absoluta, por isso admite uma ampla atividade probatória, quer em relação ao objeto do processo, quer em relação aos meios e métodos para a descoberta da verdade. Dotado de amplos poderes instrutórios, o magistrado pode proceder a uma completa investigação do fato delituoso.

Com vistas a legitimar tal atuação, no modelo inquisitório vigia um sistema hierarquizado de provas, denominado de sistema de tarifação, assim explicitado por Lima (2016, p.605):

Também conhecido como sistema das regras legais, da certeza moral do legislador ou da prova legal, o presente sistema, próprio do sistema inquisitivo, trabalha com a ideia de que determinados meios de prova têm valor probatório fixado em abstrato pelo legislador, cabendo ao magistrado tão somente apreciar o conjunto probatório e lhe

atribuir o valor conforme estabelecido pela lei. Cada prova possui um valor preestabelecido, deixando o magistrado vinculado dosimetricamente às provas apresentadas, que deve se limitar a uma soma aritmética para sentenciar.

Nesse sistema hierarquizado, a confissão era a prova máxima, responsável por findar o processo, sendo considerada a rainha das provas:

Desse sistema deriva o conceito da confissão como rainha das provas, sendo que nenhuma outra prova seria capaz de infirmá-la. Além disso, uma única testemunha jamais seria suficiente para a comprovação de uma afirmação acerca de fato que interessasse à solução da controvérsia posta em juízo (testis unus, testis nullus – uma só testemunha não tem valor). Tal regra autorizava uma conclusão absurda: a verdade dita por uma única testemunha não teria valor, na medida em que, de acordo com a lei, um depoimento isolado não tinha qualquer valor; pelo contrário, se uma mentira fosse contada por duas testemunhas acabaria prevalecendo. (LIMA, 2016, p. 605)

Assim, o acusado, dentro do processo inquisitório, perde o *status* de sujeito de direitos, tornando-se mero objeto a ser investigado, ou seja, um verdadeiro detentor do conhecimento do fato criminoso:

Excluídas as partes, no processo inquisitório o réu vira um pecador, logo, detentor de uma “verdade” a ser extraída. Mais importante, aparentemente, que o próprio crime, torna-se ele objeto de investigação. É sobre si que recaem as atenções, os esforços do inquisidor. (COUTINHO, 2009, p. 105)

Desse modo, sob o pretexto da descoberta da verdade real, o interrogatório era marcado, muitas vezes, pela utilização da tortura, uma vez ser esta forma eficaz de se extrair a “verdade” do acusado:

Na busca dessa tal “verdade real”, transforma-se a prisão cautelar em regra, pois o inquisidor precisa do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for bem utilizada conduzirá à confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia das provas (LOPES JR., 2016, p. 156)

A tortura para obtenção da confissão não ocorria de forma desregrada. Longe disso, era feita seguindo procedimentos específicos:

Existiam cinco tipos progressivos de tortura, e o suspeito tinha “o direito” a que somente se praticasse um tipo por dia. Se em 15 dias o acusado não confessasse, era considerado “suficientemente” torturado e liberado. Sem embargo, os métodos utilizados eram eficazes e quiçá alguns poucos tenham conseguido resistir aos 15 dias. O pior é que em alguns casos a pena era de menor gravidade que as torturas sofridas. (LOPES JR., 2016, p. 156-157)

A enorme importância dada à confissão para o processo inquisitório pode ser vista nos comentários tecidos por Francisco de La Peña no *Manual dos Inquisidores* de Eymerich:

Confissão prova mais que depoimento? Nos outros tribunais, só a confissão não prova suficientemente o crime (no entanto, num caso de homicídio, basta a confissão do criminoso, se houver o cadáver da vítima). Diante do Tribunal da Inquisição, basta a confissão do réu para condená-lo. O crime de heresia é concebido no cérebro e fica

escondido na alma: portanto, é evidente que nada prova mais do que a confissão do réu. (EYMERICH, 1993, p. 138)

No que concerne à defesa do acusado, Eymerich (1993, p. 137) afirma que “[...] o fato de dar o direito de defesa ao réu é também motivo de lentidão no processo e na proclamação da sentença. Essa concessão algumas vezes é necessária, outras não”.

O advogado, na Inquisição Católica, era escolhido pelos próprios inquisidores, sendo considerado inútil em casos de confissão:

Será excluído da Igreja, a *fortiori*, do Tribunal da Inquisição, todo advogado herege, suspeito de heresia ou com fama de herege. Deve-se ter a garantia de que o advogado é de boa família, de antiquíssimas raízes cristãs. Se o réu confessar, não há necessidade de um advogado para defendê-lo. Se não quiser confessar, receberá ordens para fazê-lo por três vezes, [...] se continuar negando, o inquisidor lhe atribuirá, automaticamente, um advogado juramentado no seu tribunal. O réu comunicar-se-á com ele na frente do inquisidor. (EYMERICH, 1993, p. 139)

Assim, a defesa, no processo inquisitório, detinha caráter meramente formal, atuando, na verdade, em favor da própria Inquisição, pois, segundo Eymerich (1993, p. 139), “o papel do advogado é fazer o réu confessar logo e se arrepender, além de pedir pena para o crime cometido”.

À vista disso, por conta de suas características fundantes, inexistia no sistema inquisitório direito ao contraditório e à ampla defesa:

Em virtude dessa concentração de poderes nas mãos do juiz, não há falar em contraditório, o qual nem sequer seria concebível em virtude da falta de contraposição entre acusação e defesa. Ademais, geralmente o acusado permanecia encarcerado preventivamente, sendo mantido incomunicável. (LIMA, 2016, p. 38)

Elucidando as principais características de tal sistema, denota-se que o modelo era, na sua essência, um jogo cujo resultado já estava pré-definido, posto que o trabalho do inquisidor era encontrar no indivíduo uma verdade estabelecida anteriormente:

A verdade estava dada *ex ante* e o inquisidor dela tinha ciência, de modo que o trabalho (abjeto, em realidade) era um jogo de paciência e, ao final, confessar, dentro do modelo proposto, era a vitória da Inquisição, mas, para o consumo geral, vitorioso era o inquirido que, como prêmio, ganhava a absolvição, nem que de tanto em tanto fosse parar na fogueira para, mais rápido, entregar sua alma a Deus. [...] Com o resultado antecipado (pelo menos ao raciocínio mais hábil), o resto eram os modos de se confirmar aquilo que a razão já havia projetado. (COUTINHO, 2009, p. 105)

Seguindo o modelo de pensamento Aristotélico, por meio da lógica dedutiva, o inquisidor controla todas as premissas, direcionando o resultado do processo ao seu interesse (COUTINHO, p. 105, 2009).

Por conta disso, a sistemática inquisitorial sempre interessou a regimes totalitários:

Ao permitir – sobremaneira – que se manipule as premissas (jurídicas e fáticas), interessa e sempre interessou aos regimes de força, às ditaduras, aos senhores do poder. Podendo-se orientar o êxito, faz-se o que quiser. [...] Ora, ele interessa a quem não é atingido por seus tentáculos ou, pelo menos, pensa-se inatingível, desde que as bases estão lançadas *ex ante*: o alvo são os outros! (COUTINHO, 2009, p. 106)

Feita essa breve explanação, podemos assim evidenciar as principais características do modelo processual inquisitório:

[...] gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz (figura do juiz-ator e do ativismo judicial = princípio inquisitivo); ausência de separação das funções de acusar e julgar (aglutinação das funções nas mãos do juiz); violação do princípio *ne procedat iudex ex officio*, pois o juiz pode atuar de ofício (sem prévia invocação); juiz parcial; inexistência de contraditório pleno; desigualdade de armas e oportunidades. (LOPES JR., 2016, p. 43)

Por todo o exposto, verifica-se que o modelo inquisitório puro é marcado pela figura do juiz ativo e, por consequência, parcial, prejudicando, dessa forma, a realização de um julgamento efetivamente justo, uma vez que uma das principais garantias do acusado é extirpada neste modelo, qual seja, a imparcialidade do magistrado.

2.3 O SISTEMA MISTO DE NAPOLEÃO

Em razão da derrocada do processo inquisitorial e do anseio por modelos de cunho acusatório por conta da Revolução Francesa, surge a necessidade de alteração dos modelos processuais vigentes.

À vista disso, esclarece Lopes Jr. (2016, p. 158):

Com o fracasso da inquisição e a gradual adoção do modelo acusatório, o Estado seguia mantendo a titularidade absoluta do poder de penar e não podia abandonar em mãos de particulares esse poder e a função de persecução. Logo, era imprescindível dividir o processo em fases e encomendar as atividades de acusar e julgar a órgãos e pessoas distintas.

Tendo em vista essas novas necessidades, em 1808 é instituído na França, por Napoleão Bonaparte, através do *Code d'Instruction Criminelle*, o chamado sistema processual penal misto.

Tal modelo processual foi idealizado por Jean-Jacques-Regis de Cambacérès, e, segundo Coutinho (2009, p. 110):

Foi dele (depois arquichanceler do Império) a ideia de mesclar a investigação preliminar colhida nos mecanimos inquisitoriais das *Ordonnance Criminelle* de 1760, de Luís XIV, com uma fase processual no melhor estilo do Júri inglês, então adotado pelos franceses, *mutatis mutandis*, por um Decreto de 16-29.09.1791 e combatido desde a adoção.

Esse sistema se caracteriza, portanto, em duas fases processuais divergentes, como bem explicita Lima (2016, p. 42):

É chamado de sistema misto porquanto o processo se desdobra em duas fases distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Nesta, objetiva-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade e a oralidade.

Dessa forma, inicialmente haverá um juiz instrutor, para, após essa fase inicial, o órgão responsável exercer a acusação perante um juízo diverso:

[...] na primeira delas, denominada instrução, procedia-se secretamente, sob o comando de um juiz, designado juiz-instrutor, tendo por objetivo pesquisar a perpetração das infrações penais, com todas as circunstâncias que influem na sua qualificação jurídica, além dos aspectos atinentes à culpabilidade dos autores, de maneira a preparar o caminho para o exercício da ação penal; na segunda fase, chamada de juízo, todas as atuações realizavam-se publicamente, perante um tribunal colegiado ou o júri, com a controvérsia e o debate entre as partes, no maior nível possível de igualdade. (PRADO, 2005, p. 154)

Assim, a instrução probatória ocorria sem qualquer participação da defesa, estando presentes nessa fase apenas o juiz instrutor, o órgão estatal responsável pela acusação, restando ao acusado defender-se somente após o início da fase denominada acusatória.

Nessa esteira:

[...] no processo misto inaugurado pelo Código francês de 1808 e difundido em toda a Europa continental, os direitos da defesa foram quase inutilizados em toda a fase de instrução, que tornou a ser inquisitória, isto é, entregue à iniciativa do juiz, escrita, secreta, privada de contraditório e inteiramente dominada pela acusação (FERRAJOLI, 2002, p. 491)

Destarte, em que pese a denominação de misto, alguns autores entendem que o sistema francês, assim como outros sistemas que também adotaram a modelagem bifásica, detém fase acusatória meramente formal, uma vez que, apesar das características acusatórias na segunda fase, toda a carga probatória produzida na fase inquisitorial era repetida.

Assim elucida Ferrajoli (2002, p. 454)

[...] Código napoleônico de 1808 deram vida àquele "monstro, nascido da junção entre os processos acusatório e inquisitório", que foi o assim denominado "processo misto", com prevalência inquisitória na primeira fase, escrita, secreta, dominada pela acusação pública e pela ausência de participação do imputado quando este era privado da liberdade; tendentemente acusatório na fase seguinte dos debates, caracterizada pelo contraditório público e oral entre acusação e defesa, porém destinado a se tornar uma mera repetição ou encenação da primeira fase.

Vale frisar que até mesmo a fase dita acusatória era tomada por características inquisitoriais. É nesse sentido que caminha o raciocínio explicitado por Khaled Jr. (2016, p. 127):

No entanto, a inquisição também não foi expurgada da segunda etapa, uma vez que era admitida solicitação de novas informações e, nos procedimentos submetidos ao Júri, o presidente era investido de poder discricionário que lhe dava a aptidão de tomar todas as medidas necessárias para o descobrimento da verdade de acordo com os novos fatos apresentados em audiência, podendo inclusive intimar testemunhas.

Ademais disso, parcela da doutrina entende que o sistema misto francês é, na verdade, sistema inquisitorial em razão, pois, do princípio unificador que o norteia.

Por todo o exposto durante o presente capítulo, denota-se a clara distinção entre os sistemas processuais ora analisados, mormente no que concerne à forma como a produção probatória é gerida, pois, como visto, é esse o elemento nevrálgico do processo penal.

Importa consignar que o necessário afastamento do magistrado da instrução probatória como garantia de sua imparcialidade ainda é tema nebuloso dentro do contexto processual penal brasileiro.

À vista disso, passa-se agora à análise da sistemática processual penal do Brasil, dando especial enfoque à gestão probatória, haja vista ser esse o objeto da presente pesquisa.

3 A GESTÃO PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O presente capítulo tem como objetivo central a análise da gestão probatória no Sistema Processual Penal Brasileiro.

Para isso, de início será trazido o contexto histórico que culminou com a elaboração do Código de Processo Penal vigente em nosso país.

Após a contextualização histórica, será analisada a estruturação do modelo processual penal em questão, passando pela fase de inquérito policial até a etapa concernente ao processo propriamente dito, de modo a salientar as divergências entre tais etapas, mormente no que concerne aos direitos do acusado.

Em seguida, o objeto em análise será a gestão probatória no modelo brasileiro de processo penal, vislumbrando atingir os principais problemas que permeiam o tema, perpassando, ainda, pelo estudo das verdades a ser encontradas através do processo.

Por fim, no tópico derradeiro será feita a seguinte indagação: como pode ser classificado o Sistema Processual Penal Brasileiro? Para enfrentar tal questionamento far-se-á análise dos princípios unificadores e de sua relação com a gestão probatória.

3.1 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

3.1.1 O NASCIMENTO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL VIGENTE

Antes de iniciar a análise acerca do Sistema Processual Penal Brasileiro, torna-se importante contextualizar a origem da elaboração do Código de Processo Penal vigente, elaborado no longínquo ano de 1941.

O Código foi elaborado com claras aspirações autoritárias, notadamente em razão do período vivido, no caso, o Estado Novo de Getúlio Vargas, cujos alicerces foram buscados na legislação processual fascista italiana:

Inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem. E nem poderia ser de outro modo, a julgar pelo paradigma escolhido e justificado, por escrito e expressamente, pelo responsável pelo anteprojeto de lei, Min Francisco Campos, conforme se observa em sua exposição de motivos. (PACELLI, 2017, p. 5)

A fim de demonstrar o elevado grau de autoritarismo presente no Código, faz-se necessário trazer pequeno trecho da exposição de motivos elaborada pelo Ministro Francisco Campos, na qual fica clara a prevalência do interesse estatal sobre as garantias do indivíduo:

Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o

exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. (BRASIL, 1941)

Nesse sentido, em razão das influências fascistas, o Código original estruturou um sistema de nulidades que não correspondia às garantias do acusado:

A exemplo do que se fizera na Itália fascista, esqueceram os nossos legisladores do papel relevante das formas procedimentais no processo penal, e, sob o pretexto de pôr cobro a formalismos prejudiciais, estruturou as nulidades sob princípios não condizentes com as garantias necessárias ao acusado, além de o ter feito com lamentável confusão e falta de técnica. (MARQUES, 2000, p. 112)

Por conta das influências sofridas, o CPP original era permeado por características inquisitoriais, tais como a absurda presunção de culpa do acusado, assim descrita por Pacelli (2017, p. 7):

[...] o acusado é tratado como potencial e virtual culpado, sobretudo quando existir prisão em flagrante, para a qual, antes da década de 1970, somente era cabível liberdade provisória para crimes afiançáveis, ou quando presente a presunção de inocência, consubstanciada na possível e antevista existência de causas de justificação na (estado de necessidade, legítima defesa, etc.) na conduta do acusado.

Ademais, o mesmo autor menciona que as arbitrariedades perpetradas à época eram justificadas sob o pretexto de busca da verdade real, característica marcante, conforme já estudado, de modelos processuais de cunho inquisitório:

[...] a busca da verdade, sinalizada como a da verdade real, legitimou diversas práticas autoritárias e abusivas por parte dos poderes públicos. A ampliação ilimitada da liberdade de iniciativa probatória do juiz, justificada como necessária e indispensável à busca da verdade real, descaracterizou o perfil acusatório que se quis conferir à atividade jurisdicional. (PACELLI, 2017, p. 7)

Cabe consignar que a redação original sofreu inúmeras alterações desde a época em que foi elaborado o CPP até os dias atuais, destacando-se a reforma realizada em 2008 por ser a mais recente e que alterou, por meio das Leis nº 11. 689, 11. 690 e 11. 719, de forma substancial dispositivos presentes no Código.

No entanto, não obstante as mudanças sofridas nesse largo período de vigência, seja pela reforma mencionada ou mesmo pela inclusão de novas normas legais ainda mais atuais, alguns dispositivos legais permaneceram detendo caráter eminentemente inquisitorial, mormente no que concerne à gestão probatória de ofício.

3.1.2 O INQUÉRITO POLICIAL

A sistemática do Processo Penal Brasileiro vigente divide a persecução penal em duas fases distintas, quais sejam, a fase de investigação preliminar e a posterior ação penal.

Consoante Lopes Jr. (2016, p. 129), “a investigação preliminar situa-se na fase pré-processual, sendo o gênero do qual são espécies o inquérito, as comissões parlamentares de inquérito, sindicâncias, etc”.

Dessa forma, não obstante as demais espécies de investigação preliminar existentes, neste tópico será analisado o inquérito policial, haja vista a sua relevância para o Processo Penal Brasileiro e, por consequência, para a presente pesquisa.

O inquérito policial compreende o Título II do Decreto-Lei nº 3.685 de 1941 (Código de Processo Penal), situado entre os arts. 4º e 23 do CPP.

Tal procedimento é assim definido por Lima (2016, p. 107):

Procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido pela autoridade policial, o inquérito policial consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de prova e a colheita de informação quanto a autoria e materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.

Denota-se que o inquérito, como procedimento administrativo, deve fornecer ao titular da ação penal, em regra, o Ministério Público, elementos de informação de modo a consubstanciar sua *opinio delicti*, no sentido de exercer em juízo a persecução penal ou, se assim entender, requerer o arquivamento do procedimento.

À vista disso, as funções do inquérito policial são assim discriminadas por Lima (2016, p. 107):

[...] a) preservadora: a existência prévia de um inquérito policial inibe a instauração de um processo penal infundado, temerário, resguardando a liberdade do inocente e evitando custos desnecessários para o estado; b) preparatória: fornece elementos de informação para que o titular da ação penal ingresse em juízo, além de acautelar meios de prova que poderiam desaparecer com o decurso do tempo.

Em que pesem tais funções, é importante consignar que o inquérito pode ser dispensável, como bem explicita Rangel (2009, p. 72):

O inquérito não é indispensável à propositura da ação, pois, em uma simples leitura dos arts.; 27; § 5º do art 39 e § 1º do art. 46 todos do CPP, verifica-se que o Ministério Público pode intentar a competente ação penal sem esse procedimento administrativo. Basta, para tal, ter elementos necessários que viabilizem o exercício da ação, elementos estes que podem ser obtidos com a notícia criminis ou com peças de informação.

Essa atividade é exercida pela denominada Polícia Judiciária, consoante o art. 4º do Código de Processo Penal:

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. (BRASIL, 1941)

A Polícia Judiciária divide-se nas Polícias Civil e Federal, a depender do interesse da União na demanda, conforme alude a norma do art. 144 da Constituição Federal.

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

[...]

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Tal procedimento, vale frisar, é marcado por características inquisitoriais, tais como a discricionariedade com que pode agir a autoridade policial, de acordo com o que explicita Rangel (2009, p. 89):

A autoridade policial enfeixa nas mãos todo o poder de direção do inquérito policial, inquirindo (indagando, investigando, pesquisando) testemunhas do fato e procurando esclarecer as circunstâncias em que estes fatos ocorreram. [...] A inquisição dá à autoridade policial a discricionariedade de iniciar as investigações da forma que melhor lhe aprouver. Por isto o inquérito é de forma livre. Não há regras previamente determinadas para se iniciar uma investigação.

A autoridade policial, diante de seu poder discricionário, pode, de plano, indeferir qualquer pedido de diligência realizado pelas partes, se entender desnecessárias:

Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade. (BRASIL, 1941)

Além disso, na fase de inquérito, o exercício do contraditório pelo indiciado é mitigado, sob o fundamento que, nessa etapa, não há acusação formal de qualquer delito.

Nesse sentido, explicita Rangel (2009, p. 73):

[...] tratando-se de procedimento (e não processo) administrativo com o escopo de apurar a prática de um fato, em tese, dito como infração penal, não há que se falar em ou aplicar o princípio do contraditório, pois o indiciado não está sendo acusado de nada, mas sendo objeto de investigação com todos os direitos previstos na Constituição.

Assim, não obstante a participação do indiciado em determinados atos do inquérito, ainda não restaria caracterizada a introdução do contraditório, como bem explicita Pacelli (2017, p. 59):

Nesse sentido, sequer as alterações trazidas com a Lei nº 11.690/08, instituindo a possibilidade de o acusado indicar assistente técnico para apreciação da perícia oficial, permitindo-lhe inclusive a apresentação de pareceres (art. 159, § 5º, do CPP) e esclarecimentos orais, implicam estabelecimento do contraditório na fase de investigação. E isso porque é a própria lei (art. 159, § 4º, CPP) que esclarece que o assistente somente ingressa a partir de sua admissão pelo juiz e após a elaboração do laudo oficial, e, mais, que a sua participação se dará no curso de processo judicial (§ 5º, CPP).

Ademais, Pacelli (2017, p. 60), em que pese reconhecer que a intervenção da defesa na produção probatória poderia alterar o convencimento da autoridade policial e do próprio Ministério Público, evitando demandas processuais desnecessárias, afirma haver elevado risco de intervenções meramente protelatórias, prejudicando, dessa forma, o curso investigatório.

Nesse sentido, para alguns autores, o caráter inquisitório do inquérito, desprovido do exercício do contraditório, confere maior eficácia às diligências investigatórias:

Deveras, esse caráter inquisitivo confere às investigações maior agilidade, otimizando a identificação de fontes de prova e a colheita de elementos informativos. Fossem os atos investigatórios de prévia comunicação à parte contrária (contraditório), seria inviável a localização de fontes de prova, em verdadeiro obstáculo à boa atuação do aparato judicial. (LIMA, 2016, p. 123)

Por outro lado, o mestre Eugênio Pacelli ressalta que a aplicação do contraditório no inquérito deve estar amplamente presente na produção das provas não repetíveis:

Em relação às provas periciais, reiteramos que o contraditório deveria ser realizado, e o quanto antes, particularmente para aquelas hipóteses em que o objeto da perícia (corpo de delito) corra o risco de perecimento no tempo ou de alteração substancial de suas características mais relevantes (PACELLI, 2017, p. 60)

Parcela diversa da doutrina, no entanto, entende ser plenamente cabível o contraditório e a ampla defesa na fase de investigação, sob o fundamento da adoção de interpretação ampliativa do art. 5º, LV da Constituição Federal, assim descrito:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (BRASIL, 1988)

Tal raciocínio, em que pese não ser a opinião do célebre professor, é assim explicitado por Lima (2016, p. 119):

O inciso LV do art 5º da Constituição Federal não pode ser objeto de interpretação restritiva para fins de se concluir que a expressão *processo administrativo* ali utilizada não abrange as investigações preliminares, que têm natureza de *procedimento administrativo*, nem tampouco para se alegar que o fato de mencionar *acusados* e não *investigados* ou *indiciados*, seja um impedimento para sua aplicação pré-processual. O simples fato de figurar como suposto autor ou partícipe da infração penal em uma investigação criminal, por si só, já deve ser tratada como *imputação em sentido amplo*, porquanto o investigado fica sujeito a uma série de medidas coercitivas já na fase investigatória, [...], o ideal é se concluir que qualquer forma de imputação determinada representa uma acusação em sentido amplo.

Assim, para parcela da doutrina, para além de somente auxiliar a formação da *opinio delicti* do órgão acusador, o inquérito tem a função de produzir material probatório sob os diversos pontos de vista, devendo, portanto, prevalecer a dialeticidade:

Embora a investigação preliminar esteja a cargo do Estado, admite-se a defensiva (15.6.9), até porque a finalidade do inquérito policial é a de produzir material probatório e informativo capaz de colher todos os pontos de vistas possíveis, a partir das regras democráticas, para o fim de justificar ou não a autoria, materialidade e culpabilidade, diante dos efeitos nefastos do processo de criminalização. Daí que não se pode omitir do indiciado/acusado o material desfavorável à acusação. (MORAIS DA ROSA, 2017, p. 416)

Dessa forma, deve o acusado ter acesso a todo material que já foi produzido nessa fase, podendo ser submetido ao efetivo contraditório, sendo resguardado ao sigilo apenas no que concerne aos elementos que ainda não foram produzidos.

Não obstante tal raciocínio, verifica-se que a realidade do inquérito policial brasileiro, bem como de outras espécies de investigação preliminar, atua no sentido de mitigar o exercício do contraditório nesta etapa, sob o fundamento da posterior aplicação na fase processual.

Muito embora ser caracterizadamente inquisitório, o magistrado, na fase de inquérito, deve agir como garantidor dos direitos do indiciado:

O juiz, nessa fase, deve permanecer absolutamente alheio à qualidade da prova em curso, somente intervindo para tutelar violações ou ameaça de lesões a direitos e garantias individuais das partes, ou para, mediante provocação, resguardar a efetividade da função jurisdicional, quando, então, exercerá atos de natureza jurisdicional. (PACELLI, 2017, p. 58)

Ou seja, no inquérito não haverá qualquer forma de valoração, por parte do juiz, acerca do conteúdo produzido pela autoridade policial, sendo esse exercício postergado à ação penal.

Inobstante a necessidade de o magistrado atuar como garantidor, ainda existem dispositivos no CPP que lhe autorizam, em determinadas situações, a proceder à produção probatória de ofício, já na fase de inquérito.

Vale frisar que tal problemática, por fazer parte do objeto central da presente pesquisa, será tratada no tópico específico relacionado à gestão probatória.

Seguindo, além da ausência de contraditório, outras características dão tonalidades inquisitoriais a tal procedimento:

Outra prova do caráter inquisitorial da investigação preliminar é o quanto disposto no art. 107 do CPP, segundo o qual não se poderá opor suspeição às autoridades policiais nos atos do inquérito, mas deverão elas declarar-se suspeitas, como quando ocorrer motivo legal. Some-se a isso o quanto dispostos no art. 306, §1º do CPP, que passou a exigir a remessa do auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública em 24 (vinte e quatro) horas após a captura, silenciando quanto à presença da Defensoria durante o interrogatório, denota-se que a presença do advogado não é obrigatória no momento da lavratura da prisão em flagrante delito (LIMA, 2016, p. 120)

Ademais, por força do art. 9º do CPP, o inquérito tinha, de igual modo aos modelos inquisitoriais puros, a forma escrita como regra:

Art. 9º Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade. (BRASIL, 1941)

No entanto, com o advento das gravações audiovisuais de depoimentos, mormente no que tange à realidade catarinense, a forma escrita vem sendo relativizada, coexistindo com as novas tecnologias.

Prosseguindo, em tal procedimento inexiste publicização dos atos, uma vez que é marcado pelo sigilo:

Ao contrário do que ocorre no processo, o inquérito não comporta publicidade, sendo procedimento essencialmente sigiloso, disciplinando o art. 20 do CPP que “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”. Este sigilo, contudo, não se estende, por uma razão lógica, nem ao magistrado, nem ao membro do Ministério Público. (ALENCAR; TÁVORA, 2016, p. 137)

Não obstante tal característica, importa frisar que o sigilo não pode atingir o acesso aos autos pelo advogado do indiciado quanto aos elementos de prova já documentados:

Já quanto ao inquérito policial, por se tratar de fase pré-processual, é regido pelo princípio da sigilação, assegurando-se ao advogado, contudo, por força do art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), a consulta aos autos correspondentes, o que foi corroborado pela súmula vinculante nº 14 do STF, de sorte que “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. (ALENCAR; TÁVORA, 2016, p. 61)

Além de ser sigiloso e discricionário, o inquérito pode ser instaurado de ofício ou por provocação, a depender da ação penal mediante a qual o delito investigado será processado, conforme afirmam Alencar e Távora (2016, p. 148-149):

Havendo crime de ação penal pública incondicionada, a autoridade policial deve atuar de ofício, instaurando o inquérito e apurando prontamente os fatos, haja vista que, na hipótese, sua atuação decorre de imperativo legal (art. 5º, I, CPP) dispensando, pois, qualquer autorização para agir.

Nos delitos de ação penal pública condicionada à representação e naqueles processados mediante ação penal privada, o inquérito será instaurado por representação:

Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:
[...]

§ 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.

§ 5º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la. (BRASIL, 1941)

Feito breve esboço das principais características de tal procedimento, cabe diferenciar os elementos colhidos nessa etapa do conceito de prova produzida na fase processual:

Vale destacar que o inquérito visa carrear elementos de informação. A rigor, elementos de informação se distinguem de prova. Isso porque a prova – tal como será estudada no capítulo específico sobre direito probatório – é constituída formalmente quando sua formação perpassa por todas as suas etapas, em especial, o crivo do contraditório perante juízo competente. Com efeito, a prova se completa quando há postulação pelas partes, admissão pelo juiz, produção com participação das partes e valoração por decisão fundamentada. (ALENCAR; TÁVORA, 2016, p. 126)

Destarte, na fase pré-processual são produzidos apenas elementos de informação que, por não serem submetidos ao efetivo contraditório e a dialeticidade característica da etapa processual, não podem ser considerados provas.

Na investigação preliminar, portanto, a cognição sobre o fato supostamente delituoso é sumária, sendo postergado seu exaurimento à fase processual:

Nota-se que na fase processual, as partes podem discutir toda a matéria fática (prova de autoria e materialidade/existência do fato) e jurídica (possibilidade de discussão sobre todos e cada um dos elementos do conceito analítico de crime, ou seja, tipicidade, ilicitude e culpabilidade). [...] O inquérito policial busca apenas a verossimilhança do crime, a mera fumaça (*fumus commissi delicti*), não havendo possibilidade de plena discussão das teses, pois a cognição plenária fica reservada para a fase processual. (LOPES JR., 2016, p. 126)

Diante da limitação do valor probatório do que é colhido no inquérito, Aury Lopes Jr. denomina os atos produzidos nessa fase de atos de investigação, diferenciando-os do que ele chama de atos de prova.

À vista disso, conforme o autor, os atos de investigação podem ser assim definidos:

a) não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese; b) estão a serviço da investigação preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o cumprimento de seus objetivos; c) servem para formar um juízo de probabilidade, não de certeza; d) não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação pois podem ser restringidas; e) servem para a formação da opinião delicti do acusador; f) não estão destinados à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus commissi delicti* para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou não processo (arquivamento); também servem de fundamento para decisões interlocutórias de imputação; g) também servem de fundamento para decisões interlocutórias de imputação (indiciamento) e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional; h) podem ser praticados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária. (LOPES JR. 2016, p. 160)

Diametralmente opostos aos atos de investigação, os atos de prova, de acordo com Lopes Jr. (2016, p. 159-160), integram o processo, sendo praticados na observância do contraditório, publicidade, respaldando a fundamentação da decisão proferida pelo magistrado.

Por todo o exposto, não há como negar a importância da investigação preliminar para o Sistema Processual Penal Brasileiro como elemento auxiliar na formação da opinião delitiva do

órgão acusador, diminuindo, assim, a judicialização de demandas penais sem indícios mínimos de autoria e materialidade.

No entanto, resta necessário evidenciar que o inquérito policial, como procedimento administrativo, ainda é eivado de características nitidamente inquisitoriais, não obstante os avanços legislativos quanto à possibilidade do indiciado se valer do exercício do contraditório nessa etapa.

Ademais, é preciso que o magistrado aja com cautela no que concerne à valoração do que é produzido nessa etapa, uma vez que, como visto, o inquérito produz atos de investigação, submetidos a contraditório mitigado, não se podendo afirmar que produza provas propriamente ditas, ou seja, somente esses atos não são suficientes para conduzirem a uma condenação.

Contudo, infelizmente, como será visto quando tratarmos da gestão probatória, ainda existem dispositivos em nosso diploma processual que permitem ao magistrado valer-se de “provas” produzidas na etapa inquisitorial, bem como ordenar *ex officio* a produção antecipada de provas, com vistas a fundamentar, na maioria das vezes, condenações arbitrárias.

3.1.3 O PROCESSO PENAL E AS GARANTIAS DO ACUSADO

Após finalizada a fase de investigação preliminar, cabe ao titular da ação penal correspondente, seja o Ministério Público ou o próprio ofendido, por meio das peças de informação que foram juntadas, decidir se prosseguirá com a persecução penal em desfavor do indiciado.

Este direito de postular a condenação daquele que supostamente violou normas de caráter penal é assim explicitado por Lima (2016, p. 193):

[...] direito de ação penal é o direito público subjetivo de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo a um caso concreto. Funciona, portanto, como o direito que a parte acusadora - Ministério Público ou ofendido (querelante) - tem de, mediante o devido processo legal, provocar o Estado a dizer o direito objetivo no caso concreto.

Diferente do que ainda ocorre no inquérito, ao acusado, quando se torna réu em um processo penal, devem ser fornecidas diversas garantias frente à pretensão punitiva sobre ele exercida.

A primeira garantia é uma das mais importantes, por ser o elemento fulcral das demais, é a garantia do devido processo legal, encartada no art. 5º, inciso, LIV da Constituição Federal, que assim dispõe, “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; (BRASIL, 1988)

Segundo Rangel (2009, p. 3), “o princípio significa dizer que se devem respeitar todas as formalidades previstas em lei para que haja cerceamento da liberdade (seja ela qual for) ou para que alguém seja privado de seus bens”.

Na mesma esteira, segue o raciocínio de Alencar e Távora (2016, p. 65), ao disporem:

Em se tratando de aplicação da sanção penal, é necessário que a reprimenda pretendida seja submetida ao crivo do Poder Judiciário, pois *nulla poena sine iudicio*. Mas não é só. A pretensão punitiva deve perfazer-se dentro de um procedimento regular, perante a autoridade competente, tendo por alicerce provas validamente colhidas, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa.

Os autores ainda realizam a necessária distinção entre o devido processo formal do substancial:

O devido processo legal deve ser analisado em duas perspectivas: a primeira, processual, que assegura a tutela de bens jurídicos por meios do devido procedimento (*procedural due process*); a segunda, material, reclama, no campo da aplicação e elaboração normativa, uma atuação substancialmente adequada, correta, razoável (*substantive due process of law*). [...] O processo deve ser instrumento de garantia contra os excessos do Estado, visto como ferramenta de implementação da Constituição Federal, como garantia suprema do *jus libertatis*. (ALENCAR; TÁVORA, 2016, p. 65-66)

Como visto, o processo penal tem a função, para além de qualquer persecução da verdade real, de estabelecer garantias ao indivíduo que se torna réu frente aos arbítrios que possam vir a ser cometidos pela autoridade estatal quando no exercício da pretensão punitiva.

Em razão deste princípio se desdobram outros, tais como a garantia do juiz natural, que pode ser assim explicitada:

O princípio do juiz natural deve ser compreendido como o direito que cada cidadão tem de saber, previamente, a autoridade que irá processar e julgá-lo caso venha a praticar uma conduta definida como infração penal pelo ordenamento jurídico. Juiz natural, ou juiz legal, dentre outras denominações, é aquele constituído antes do fato delituoso a ser julgado, mediante regras taxativas de competência. (LIMA, 2016, p. 68)

Vale ressaltar que tal garantia possui duas vertentes distintas, quais sejam:

O direito brasileiro, adotando o juiz natural em suas duas vertentes fundamentais, a da vedação de tribunal de exceção e a do juiz cuja competência seja definida anteriormente à prática do fato, reconhece como juiz natural o órgão do Poder Judiciário cuja competência, previamente estabelecida, derive de fontes constitucionais. E a razão de tal exigência assenta-se na configuração de nosso modelo constitucional republicano, em que as funções do Poder Público e, particularmente, do Judiciário, têm distribuição extensa e minudente. (PACELLI, 2017, p. 39-40)

Dessa forma, através de tal princípio resta vedada a criação dos tribunais de exceção, instituídos para julgar crimes específicos após o seu cometimento, sendo, portanto, importante garantia para o réu, de acordo com Lopes Jr. (2016, p.60):

Trata-se de verdadeira exclusividade do juiz legalmente instituído para exercer a jurisdição, naquele determinado processo, sem que seja possível a criação de juízos

ou tribunais de exceção (art. 5º XXXVII, da CB). Considerando que as normas processuais não podem retroagir para prejudicar o réu, é fundamental vedar-se a atribuição de competência *post facto*, evitando-se que a juízes ou tribunais sejam especialmente atribuídos poderes (após o fato) para julgar um determinado delito. Por fim, a ordem taxativa de competência é indisponível, não havendo possibilidade.

Destarte, as competências em razão da matéria e da pessoa são constitucionalmente estabelecidas, podendo ser citado, a título exemplificativo, o estabelecimento do Tribunal do Júri para julgamento de crimes dolosos contra a vida, consoante dispõe o art. 5º, XXXVIII da CF.

Ademais, além da necessidade do juiz natural, as decisões no processo penal devem ser proferidas por magistrado independente e imparcial.

Quanto à independência, Lopes Jr. (2016, p. 61) afirma que é necessário que o processo penal esteja alheio a pressões externas e manipulações políticas e, para isso, torna-se fundamental garantir ao magistrado formar sua livre convicção sem a obrigação de decidir de acordo com os anseios da maioria ou de qualquer forma de pressão política.

No que tange à imparcialidade, não obstante os mecanismos já existentes para que o julgamento seja exercido por magistrado que não tenha interesse na causa, tais como a separação entre os órgãos de acusação e de julgamento, bem como as causas de impedimento e suspeição, ainda são delegados ao magistrado poderes instrutórios, contaminando-o psicologicamente, como será visto quando for analisada a gestão das provas no Processo Penal pátrio.

Seguindo, ao acusado, em processo penal, deve ser garantida a presunção de inocência, também denominada de presunção de não culpabilidade, que:

[...] impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de *tratamento*, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo *probatório*, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. (grifos do autor) (PACELLI, 2017, p. 50)

Em razão da presunção de inocência, ao réu inexistente qualquer ônus probatório dentro do processo penal, cabendo ao acusador exclusivamente comprovar a autoria delitiva, vigorando, portanto, o *in dubio pro reo*.

Destarte, afirma Lima (2016, p. 45):

O *in dubio pro reo*, não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois não tem ele a obrigação de provar que não praticou o delito. Antes, cabe à parte acusadora (Ministério Público ou querelante) afastar a presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, provando além da dúvida razoável que o acusado praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída.

Dessa forma, o ônus da prova é delegado ao órgão acusador independente do que se esteja alegando:

Assim, sejam as causas de exclusão de ilicitude, de culpabilidade ou extinção da punibilidade, bem como elementos subjetivos do tipo (dolo ou culpa), o ônus de provar ou não sua existência é do Ministério Público. [...] busca, se efetivamente for o caso, a presunção de culpa do réu, presunção essa *iuris tantum*, pois o tribunal, ao apreciar o recurso defensivo, poderá reformar a decisão. (RANGEL, 2009, p. 28-29).

Inobstante a necessidade de que não recaia sobre o réu qualquer ônus probatório, ainda ocorre, em determinadas situações, a absurda inversão do ônus da prova em matéria criminal, incumbindo ao acusado comprovar sua inocência e, por consequência, invertendo toda a lógica da garantia da presunção de não culpabilidade.

Feita essa explanação, cabe consignar que a garantia da presunção de inocência, além de proteger o réu internamente no processo, deve ser forma de afastar abusos perpetrados contra o acusado na parte externa ao processo, como, por exemplo, quanto à exploração midiática, algo recorrente na realidade brasileira:

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência. (LOPES JR., 2016, p. 97)

Vale consignar que a presunção de inocência, além de encartada em inúmeros Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, está expressamente prevista na Constituição Federal, mais especificamente no art. 5º, inciso LVII, ao mencionar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

No Código de Processo Penal brasileiro a previsão expressa surgiu somente em 2011, através da Lei nº 12.403/11, que alterou a redação do art. 283 da seguinte forma:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 1941)

As chamadas prisões provisórias, portanto, devem ocorrer de forma excepcional, seguindo estritamente os critérios legalmente estabelecidos, tendo em vista que, por decorrência da presunção de inocência, a liberdade deve ser a regra, seja na fase de investigação preliminar seja no *iter* processual.

Em que pese a literalidade dos dispositivos normativos acima mencionados, o Supremo Tribunal Federal, em 2016, em sede de julgamento de *Habeas Corpus*, posteriormente levado ao Pleno, onde foram indeferidas as liminares nas ADCs nº 43 e nº 44, modificando o entendimento já pacificado acerca do tema, permitindo o cumprimento antecipado da pena após a condenação em segunda instância.

Tal decisão, ao relativizar garantia expressamente prevista pela Constituição Federal, somente reflete a mentalidade inquisitória presente na rotina forense, principalmente no que concerne à sistemática processual penal, relembrando, em muitos aspectos, dispositivos presentes na redação original do CPP de 1941.

Além da presunção de inocência, em razão da estrutura dialética que deve marcar a fase processual, ao acusado é garantido direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa, de forma diversa do que ainda ocorre na fase de investigação preliminar, marcado pela mitigação de tal garantia.

Assim como a presunção de inocência, o exercício do contraditório e da ampla defesa encontra expressa previsão no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (BRASIL, 1988)

Pode entender-se, inicialmente, o contraditório sob a ideia de contraposição entre as partes do processo:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre as partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionais). (LOPES JR., 2016, p. 97).

No entanto, por meio dos avanços doutrinários acerca do tema, o exercício do contraditório adquire novos significados, não bastando apenas garantir a participação do acusado de modo a contrapor o que foi alegado pelo polo ativo da relação processual, mas efetivamente reagir à tese acusatória com a mesma intensidade, utilizando-se dessa forma da paridade de armas entre o réu e órgão acusador:

O contraditório, então, não só passaria a garantir o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e o direito à reação (contrariedade)

a ambos - vistos, assim, como garantia de participação -, mas também como garantia que a oportunidade da resposta pudesse se realizar na mesma intensidade e extensão. Em outras palavras, o contraditório exigiria a participação em simétrica paridade. (PACELLI, 2017, p. 45)

Ademais, em decorrência do contraditório, surge o princípio da ampla defesa, sendo garantido ao réu, no processo penal, direito de defender-se das acusações que lhe são impostas. Cabe consignar que o direito à defesa se divide em duas formas distintas:

A defesa pode ser subdividida em: (1) defesa técnica (defesa processual ou específica), efetuada por profissional habilitado; e (2) autodefesa (defesa material ou genérica), realizada pelo próprio imputado. A primeira é sempre obrigatória. A segunda está no âmbito de conveniência do réu, que pode optar por permanecer inerte, invocando inclusive o silêncio. A autodefesa comporta também subdivisão, representada pelo direito de audiência, “oportunidade de influir na defesa por intermédio do interrogatório”, e no direito de presença, “consistente na possibilidade de o réu tomar posição, a todo momento, sobre o material produzido, sendo-lhe garantida a mediação com o defensor, o juiz e as provas”. (ALENCAR; TÁVORA, 2016, p. 53-54)

A necessidade de uma defesa técnica, realizada por profissional habilitado, seja o advogado ou defensor público, surge, consoante Lopes Jr. (2016, p. 99), “[...] de uma acertada presunção de hipossuficiência do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador”.

Vale frisar que a ausência de defesa técnica no processo penal constitui nulidade absoluta, por força da Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal:

Súmula nº 523. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

Assim, a defesa técnica além de indisponível é também irrenunciável por parte do acusado:

A defesa técnica é indisponível, irrenunciável. Logo, mesmo que o acusado, desprovido de capacidade postulatória, queira ser processado sem defesa técnica, e ainda que seja revel, deve o juiz providenciar a nomeação de um defensor. Exatamente em virtude disso, dispõe o art. 261 do CPP que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”. (LIMA, 2016, p. 52)

Além da defesa técnica, ao acusado, como já mencionado, é garantido o direito de autodefesa, ou seja, aquela exercida diretamente por ele, podendo ser assim explicitada:

A chamada defesa pessoal ou autodefesa manifesta-se de várias formas, mas encontra no interrogatório policial ou judicial seu momento de maior relevância. Classificamos a autodefesa em positiva ou negativa. O interrogatório é o momento em que o sujeito passivo tem a oportunidade de forma efetiva - comissão -, expressando os motivos e as justificativas ou negativas de autoria ou de materialidade do fato que se lhe imputa. (LOPES JR., 2016, p. 101)

A autodefesa negativa, por outro lado, manifesta-se pelo direito do acusado de permanecer em silêncio, além de não ser obrigado a fornecer prova contra si (*Nemo Tenetur se Detegere*), encontrando previsão expressa no art. 5º, inciso LXIII da CF:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

Ademais, o próprio Código de Processo Penal evidencia o direito do acusado de permanecer em silêncio, sem que isso acarrete em qualquer prejuízo à defesa deste:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (BRASIL, 1941)

Nesse sentido, conforme explicita Lopes Jr. (2016, p. 104):

[...] o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se em colaborar com a atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio. Dessarte, o imputado não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita etc) etc.

Em que pese a vedação à obrigatoriedade de o acusado participar de qualquer produção probatória, o referido autor menciona as alterações que a Lei nº 12.654/12 trouxe sobre o tema:

Mas, é importante sublinhar, a Lei n. 12.654, de 28 de junho de 2012, prevê a coleta de material genético como forma de identificação criminal, tendo mudado radicalmente a situação jurídica do sujeito passivo no processo penal, acabando com o direito de não produzir esse tipo de prova contra si mesmo. (LOPES JR., 2016, p. 104).

Dessa forma, denota-se que garantia essencial do réu/acusado submetido ao processo penal, não obstante previsão expressa na Constituição, é relativizada, evidenciando, novamente, a mentalidade inquisitória que ainda domina a prática forense.

Prosseguindo, diferente do que ocorre na fase de investigação preliminar, cuja a regra é o sigilo, o Processo Penal deve marcado pela publicidade dos atos processuais:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; (BRASIL, 1988)

A publicidade dos atos processuais também resta prevista no Código de Processo Penal:

Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados. (BRASIL, 1941)

Conforme Rangel (2009, p. 13), “a publicidade dos atos processuais integra o devido processo legal e representa uma das mais sólidas garantias de defesa, pois a própria sociedade tem interesse em presenciar e/ou conhecer a realização da justiça”.

No entanto, como visto, em situações específicas a publicidade permanece restrita às partes e ao órgão julgador, denominada, segundo Alencar e Távora (2016, p. 60), de publicidade interna, diferente do que ocorre com a publicidade externa, destinada a todos os cidadãos, sendo a regra no Processo Penal.

Assim, de modo diverso do que ocorria nos modelos inquisitoriais e do que ainda ocorre no inquérito, os atos no processo devem ser, em regra, públicos, com vistas a evitar que os agentes estatais cometam arbitrariedades acobertados pelo sigilo.

Por fim, a última garantia a ser analisada neste tópico consiste na vedação do uso de provas ilícitas dentro do Processo Penal, consoante o que dispõe o inciso do art. 5º da Constituição Federal, ao descrever que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988).

Além de estar expressamente prevista na Carta Magna, tal vedação, por força da Lei nº 11.690/08, foi inserida no CPP, especificamente no art. 157.

A razão para o impedimento da utilização de provas ilícitas, em um sistema que deve garantir direitos fundamentais ao réu, parece clara, pois, segundo Lima (2016, p. 608):

[...] em um Estado Democrático de Direito, a descoberta da verdade não pode ser feita a qualquer preço. Mesmo que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de manter um processo justo, condizente com os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, não se pode admitir em um processo de provas obtidas por meios ilícitos. A eficiência processual, compreendida como a funcionalidade dos mecanismos processuais tendentes a alcançar a finalidade do processo, que é a apuração dos fatos e das responsabilidades, não pode prescindir do respeito aos direitos e garantias fundamentais sob pena de deslegitimação do sistema punitivo.

Assim, por meio desta garantia são protegidos direitos essenciais do acusado, inclusive na fase de investigação preliminar:

[...] em relação aos direitos individuais, a vedação das provas ilícitas tem por destinatário imediato a proteção do direito à intimidade, à privacidade, à imagem (art. 5º, X), à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), normalmente os mais atingidos durante as diligências investigatórias. (PACELLI, 2017, p. 351)

Há certa parcela da doutrina que, além da conceituação do que seria a prova ilícita, ainda faz distinção entre as provas ilícitas (*strictu sensu*) das provas ilegítimas.

Segundo Lima (2016, p. 609), prova ilícita é aquela obtida através de violação de direito material, sendo considerada, por outro lado, a prova ilegítima como aquela produzida mediante a violação de normas de caráter processual.

Independente de tal distinção, cabe consignar que as provas obtidas por meio de violações a normas constitucionais ou legais devem ser obrigatoriamente desentranhadas dos autos, com fulcro no art. 157, do CPP:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

[...] (BRASIL, 1941)

Vale frisar que, por força do parágrafo primeiro acima mencionado, fortemente influenciado pela teoria dos frutos da árvore envenenada criada pela jurisprudência norte-americana, além das provas obtidas ilicitamente, devem ser desentranhadas aquelas que, não obstante eventual legalidade, somente foram obtidas por meio das provas ilícitas.

Consoante Pacelli (2017, p. 368), se não houvesse esta vedação, a aplicabilidade da garantia de inadmissibilidade das provas ilícitas restaria inócua, pois:

Se os agentes produtores da prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, a cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a observância da forma prevista em lei, na segunda operação, isto é, nas provas obtidas por meio das informações extraídas pela via da ilicitude para que se legalizasse a ilicitude da primeira (operação).

Ademais, além da extração da prova ilícita dos autos, segundo Alencar e Távora (2016, p. 843), torna-se necessário que o magistrado, ao ter contato com a prova produzida de forma contrária ao ordenamento, se declare suspeito, posto que há graves riscos que a prova obtida por tal meio influa, mesmo que de forma inconsciente, no convencimento do magistrado, prejudicando diretamente a imparcialidade inerente à sua atividade.

Feita essa breve explanação acerca das garantias do acusado, denota-se que a fase processual do sistema brasileiro, ao ser comparada com os sistemas processuais analisados no primeiro capítulo, apresenta características nitidamente acusatórias.

Ocorre que, como foi visto, muitas das garantias expressamente previstas na Constituição Federal vêm sendo relativizadas pela atividade jurisprudencial e legislativa, mormente sob fundamento de combate à criminalidade, prejudicando não somente aquele

submetido à *persecutio criminis* estatal mas, na verdade, o Estado Democrático de Direito construído ao longo da história como resposta a uma série de arbitrariedades perpetradas por Estados autoritários.

Ademais, o próprio CPP, em total descompasso com a Constituição de 1988, ainda detém dispositivos de cunho eminentemente inquisitorial, o que será visto no estudo da gestão probatória.

3.2 A PROVA E AS FORMAS DE BUSCA DA VERDADE

Antes de adentrar propriamente na análise da gestão probatória no Sistema Processual Penal Brasileiro, cabe realizar breve excursão acerca das formas de busca da verdade que permeiam o processo, diante da íntima relação entre a persecução da verdade no processo e o objeto desta pesquisa.

Dado o que foi analisado no primeiro capítulo, denota-se que a verdade real era a base da persecução penal do Sistema Inquisitório, pois o magistrado deveria extrair do réu, sob qualquer meio, a verdade acerca do fato delituoso.

Sob o fundamento da verdade real, diversas atrocidades foram perpetradas, não somente na Inquisição Católica, mas em outros sistemas processuais geralmente vinculados a regimes totalitários:

A descoberta da verdade, obtida a qualquer preço, era a premissa indispensável para a realização da pretensão punitiva do Estado. Essa busca da verdade material era, assim, utilizada como justificativa para a prática de arbitrariedades e violações de direitos, transformando-se, assim, num valor mais precioso do que a própria proteção da liberdade individual. (LIMA, 2016, p. 66)

No mesmo sentido, elucida Lopes Jr. (2016, p. 386):

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o interesse público (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor).

A realidade processual brasileira utilizou-se de tal princípio de modo a justificar as arbitrariedades perpetradas por órgãos julgadores:

O aludido princípio, batizado como verdade real, tinha a incumbência de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal. A expressão, como que portadora de efeitos mágicos, autorizava uma atuação judicial supletiva e substitutiva da atuação ministerial (ou da acusação). Dissemos autorizava, no passado, por entendermos que, desde 1988, tal não é mais possível. (PACELLI, 2017, p. 389)

Destarte, inobstante a direta relação entre a busca da verdade real e sistemas processuais de caráter inquisitório, há parcela da doutrina que defende a verdade real como princípio do

Processo Penal brasileiro, com vistas a legitimizar a atuação *ex officio* do magistrado no que concerne à produção probatória:

A título exemplificativo, pode ser mencionado o raciocínio do professor Guilherme de Souza Nucci, assim exposto:

Em homenagem à verdade real, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção de provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter a preocupação de beneficiar, com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão somente atingir a verdade. (NUCCI, 2016, p. 413)

Em outro trecho, menciona o autor:

Tal situação jamais ocorre no processo penal, onde prevalece a verdade real, que se situa o mais próximo possível da realidade. Não se deve contentar o juiz com as provas trazidas pelas partes, mormente se detectar outras fontes possíveis de buscá-las. (NUCCI, 2016, p. 413)

Assim, para a doutrina vigorava, consoante Lima (2016, p. 66), a ideia de que a verdade formal, estava delegada ao âmbito cível. Ou seja, no processo civil, regido pelo princípio dispositivo, as provas seriam produzidas exclusivamente pelas partes, restando ao magistrado postura passiva, devendo.

Por outro lado, o nobre autor afirma que o processo penal era pautado pela busca da verdade real/material:

Em contraposição a esse sistema, no âmbito processual penal, estando em discussão a liberdade de locomoção do acusado, direito indisponível, o magistrado seria dotado de amplos poderes instrutórios, podendo determinar a produção de provas *ex officio*, sempre na busca da verdade material. Dizia-se então que, no processo penal, vigorava o princípio da verdade material, também conhecido como princípio da verdade substancial ou real. A descoberta da verdade, obtida a qualquer preço, era a premissa indispensável para a realização da pretensão punitiva do Estado. (LIMA, 2016, p. 66)

Destarte, não obstante ainda haver doutrinadores que creem na possibilidade de se buscar a verdade real dentro do processo penal, tal ideia parece ultrapassada, muito em razão da impossibilidade de se alcançar uma verdade absoluta por meio do processo:

A impossibilidade de formular um critério seguro de verdade das teses judiciais depende do fato de que a verdade "certa", "objetiva" ou "absoluta" representa sempre a "expressão de um ideal" inalcançável. A ideia contrária de que se pode conseguir e asseverar uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica, que as doutrinas jurídicas iluministas do juízo, como aplicação mecânica da lei, compartilham com o realismo gnosiológico vulgar. (FERRAJOLI, 2002, p. 42)

Assim, o mestre italiano, visando afastar-se da concepção de verdade real, trabalha com a ideia de correspondência aproximada da verdade:

[...] dada a obrigação de julgar do juiz, são necessários no plano sintático e no pragmático para estabelecer a verdade precisamente porque esta é caracterizável, no plano semântico, como correspondência apenas pelo que sabemos e somente de forma

aproximativa: a coerência, para afirmar que a tese avançada está confirmada e/ou não desmetida por uma ou por várias provas coletadas e por uma ou várias interpretações jurídicas de outras normas e que, portanto, é verdadeira em relação ao conjunto dos conhecimentos de que dispomos; (FERRAJOLI, 2002, p. 54)

E segue o autor:

No direito penal, a única justificação aceitável das decisões é representada pela verdade de seus pressupostos jurídicos e fáticos, entendida a "verdade" precisamente no sentido da "correspondência" mais aproximada possível da motivação às normas aplicadas e aos fatos julgados. Só se referidos à verdade como correspondência podem os critérios da coerência e da aceitabilidade justificada impedir, de fato, a prevaricação punitiva pelo único interesse ou vontade mais ou menos geral e vincular o juízo à estrita legalidade, ou seja, aos fatos empíricos previamente denotados pela lei como puníveis. (FERRAJOLI, 2002, p. 56)

Dessa forma, o professor acredita que a verdade formal trazida ao processo penal por meio das provas é apenas uma correspondência aproximada ao real, diante da impossibilidade de se alcançar efetivamente o fato histórico.

Salah Khaled Jr., por sua vez, afirma que a busca da verdade correspondente, mesmo de forma relativa, serve de discurso legitimador do modelo inquisitório:

[...] a maquiagem conceitual da busca da verdade sob o caráter matizado, relativo ou aproximativo acaba fundamentando a continuidade da estrutura inquisitória de forma velada, subvertendo o caráter democrático exigível a um processo respeitoso de direitos fundamentais do acusado. [...] temos aqui o mesmo entrelaçamento entre o discurso sobre a verdade e a iniciativa probatória do juiz, que, como já vimos, mostra-se conducente ao favorecimento e não à contenção do poder punitivo. Portanto, a simples relativização da ambição da verdade e das possibilidades de iniciativa probatória do magistrado não se mostra conducente à concretização de uma estrutura ritualizada de contenção do poder punitivo. (KHALED JR., 2016, p. 178-179)

O autor, ao mesmo tempo que problematiza a correspondência da verdade, seja na forma absoluta ou relativa, por conta dos poderes instrutórios conferidos ao magistrado para buscar essa verdade, também afirma que a desconsideração completa da verdade dentro do processo, poderia acarretar em decisionismos e arbitrariedades (KHALED JR., 2016, p. 324).

Diante dessa problemática, o professor aplica noção de rastros, criada pelo filósofo Paul Ricoeur, no processo penal.

Assim, conforme Khaled Jr. (2016, p. 325), as provas são como rastros de um fato passado. Da concepção de rastro surgem os signos *Mesmo*, pois, ao mesmo tempo que o rastro representa o passado, é tangível no presente, assim como uma construção antiga que representa período passado e pode ser tocada no presente (verdade correspondente ao real) e *Outro*, pois o acesso ao passado representado pelo rastro é limitado por este, sendo impossível atingir o todo diante de seu caráter de alteridade (negação completa da verdade no processo).

Khaled Jr. (2016, p. 324-325), afirma que a verdade no processo deve ser formada a partir da junção destes dois signos por meio de um terceiro ente ontológico, no caso, o *Análogo*:

Por *Análogo*, compreenda-se simultaneamente *Ser-come* e *Não-ser*; uma verdade que opera no âmbito da constante tensão entre o desvelamento e o encobrimento, para finalmente ser analogicamente produzida como um artefato narrativo elaborado pelo juiz, como ser-no-mundo que é. Portanto, trata-se de uma verdade analogicamente produzida sob a forma narrativa, o que conforma um critério de verdade enquanto (re)produção analógica do passado e não enquanto correspondência - ainda que relativa ou aproximada - em relação a um evento que pertence a um tempo escoado.

À vista disso, a verdade produzida no processo penal será apenas uma analogia do real, ou seja, uma narrativa criada que pode ter correspondência com o fato histórico sem jamais atingi-lo, sem jamais reproduzi-lo exatamente como se deu.

Em decorrência disso, o valor dado à produção da verdade no processo penal passa a ser contingencial e não mais o objetivo central:

Dizer que a verdade é contingencial significa abrir mão desse fim - a busca da verdade - e assumir outro horizonte, no qual o juiz está predisposto a absolver, por exigência da presunção de inocência: em outras palavras, o valor inocência deve ser estruturante e fundador no processo penal, inclusive no que se refere à missão e função do juiz, possibilitando dessa forma o rompimento com a epistemologia inquisitória orientada à persecução do inimigo. (KHALED JR., 2016, p. 328)

O caráter circunstancial que a verdade deve assumir em um processo acusatório também é defendido por Lopes Jr. (2016, p. 389):

No sistema acusatório, a verdade não é fundante (e não deve ser), pois a luta pela captura psíquica do juiz, pelo convencimento do julgador, é das partes, sem que ele tenha a missão/poder de revelar uma verdade. Logo, com muito mais facilidade o processo acusatório assume a sentença como ato de convencimento, a partir da atividade probatória das partes, dirigida ao juiz. Essa luta de discursos para convencer o juiz marca a diferença do acusatório com o processo inquisitório. Não se nega que acidentalmente a sentença possa corresponder ao que ocorreu (conceito de *verdade* como correspondente), mas não se pode atribuir ao processo esse papel ou missão.

Portanto, “a decisão judicial não é a revelação da verdade (material, processual, divina, etc) mas um ato de convencimento formado em contraditório e a partir das regras do devido processo. Se isso coincidir com a verdade, muito bem.” (LOPES JR., 2016, p. 389)

Destarte, muito embora a noção de rastro como construção de uma verdade análoga, que pode ou não ter correspondência ao real, ainda permaneça distante da realidade brasileira, onde, para muitos operadores do direito, o processo ainda é calcado na busca da intangível verdade real, a ideia, por si só, de afastar a ambição da verdade do processo parece interessante.

Como defendem os autores acima citados, a verdade deve ser contingencial, uma vez que a ambição irrestrita da verdade historicamente serviu como fundamento para postura ativa do magistrado, devendo, em um sistema acusatório, ser o principal objetivo do processo penal garantir ao réu todos os direitos fundamentais constitucionalmente previstos, livres, ainda, de

qualquer manobra argumentativa com vistas a relativizá-los, como ordinariamente vem ocorrendo.

3.3 A GESTÃO PROBATÓRIA

O presente tópico objetiva demonstrar como ocorre a gestão probatória no Sistema Processual Penal Brasileiro, uma vez que o modo pelo qual a produção de provas ocorre tem relevante papel no resultado final do processo.

Inicialmente, a prova pode ser conceituada como meio pelo qual o processo penal tenta reconstruir um fato histórico:

O processo penal é um instrumento de retrospectiva aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime). O tema probatório é sempre a afirmação de um fato (passado), não sendo as normas jurídicas, como regra, tema de prova (por força do princípio *iura novit curia*). (LOPES JR., 2016, p. 355)

Ainda, pode se caracterizar a prova como meio de fundamentar os argumentos trazidos pelas partes a fim de convencer o magistrado:

A prova, assim, é a verificação do *thema probandum* e tem como principal finalidade (ou objetivo) o convencimento do juiz. Tornar os fatos alegados pelas partes, conhecidos do juiz, convencendo-o de sua veracidade. Portanto, o principal destinatário da prova é o juiz; porém, não podemos desconsiderar que as partes são também interessadas e, conseqüentemente, destinatárias indiretas das provas, a fim de que possam aceitar ou não a decisão judicial final como justa. (RANGEL, 2009, p. 419)

Na mesma esteira:

A prova é produzida para influir na convicção do julgador. Nesse sentido, o juiz deve ser ignorante quanto aos fatos que lhe são apresentados, eis que se conhecê-los previamente restará impedido de exercer jurisdição (se o juiz presencia o fato delituoso ele não poderá julgá-lo, devendo ser testemunha). (ALENCAR; TÁVORA, 2016, p. 827)

Portanto, para além de um mero retrospecto histórico, a prova tem como função capturar psicologicamente o magistrado para um dos polos do processo.

Cabe consignar, como já mencionado quando foi tratada a questão da busca da verdade no processo penal, que o juiz sempre decidirá sob o juízo da probabilidade, haja vista que a certeza é intangível:

[...] não há um juízo de verdadeiro ou falso, de verdade, mas de probabilidade (*probabilem*). Há a emissão de um juízo de aprovação de determinada hipótese, em detrimento de outras, não críveis ou menos críveis, com afastamento dos argumentos probatórios menos seguros. Por isso, o juízo condenatório há de afastar todas as hipóteses (*thesis*, tese) sustentadas na reação (defesa), para ser validamente fundamentada. Não podemos esquecer que a dúvida está na raiz da certeza (*dubium*, duo) e se contrapõe entre dois raciocínios. O decisor se encontra em uma encruzilhada e a dúvida não é eliminada integralmente. (GIACOMOLLI, 2015, p. 42-43)

De modo a realizar o sopesamento entre os argumentos trazidos pelas partes corroborados por provas, no modelo processual penal brasileiro, vigora, em regra, o sistema de livre convencimento motivado, podendo ser assim explicitado:

De acordo com o sistema do livre convencimento motivado (persuasão racional ou livre apreciação judicial da prova), o magistrado tem ampla liberdade na valoração das provas constantes dos autos, as quais têm, legal e abstratamente, o mesmo valor, porém se vê obrigado a fundamentar sua decisão. (LIMA, 2016, p. 606)

Portanto, diferente do que ocorria no modelo inquisitorial puro, que, como foi analisado, era marcado pela tarifação legal das provas, a valoração probatória no Processo Penal Brasileiro é realizada de forma discricionária pelo magistrado, sendo necessária, contudo, a devida fundamentação da sua decisão:

À discricionariedade de avaliação do quadro probatório soma-se a obrigatoriedade de motivação da conclusão do magistrado, ponto positivo do sistema da prova tarifada. A obrigação de fundamentar permite às partes não somente aferir que a convicção foi realmente extraída do material probatório constante dos autos, como também analisar os motivos legais que levaram o magistrado a firmar sua conclusão. Essa garantia não só assegura o exame cuidadoso dos autos, mas também permite que, em grau de recurso, se faça o eventual reexame em face de novos argumentos apresentados. (LIMA, 2016, p. 607)

Vale ressaltar que existem exceções a essa sistemática de valoração probatória, como no caso do Tribunal do Júri, onde vigora o sistema da íntima convicção, em que os jurados atribuem valor às provas de forma discricionária, sem, no entanto, fundamentar suas decisões.

O sistema de livre convencimento motivado encontra respaldo legal na Constituição Federal, por meio do art. 93, IX, que exige a fundamentação de todas decisões emanadas pelo Poder Judiciário, bem como expressa previsão no próprio CPP, nos seguintes termos:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, 1941)

Não obstante a importância de tal dispositivo, no sentido de consagrar na legislação infraconstitucional o sistema do livre convencimento motivado, denota-se que tal norma enseja ao magistrado a possibilidade de fundamentar as decisões, ainda que de forma não exclusiva, embasado em elementos de informação colhidos na fase de inquérito.

Já foi realizada, na presente pesquisa, a distinção entre elementos de informação e provas, sendo que a segunda categoria pressupõe efetivo contraditório, seja ele real ou postergado, como bem explicitam Alencar e Távora (2016, p.827):

Quando produzida antes do processo, ou antes de ser oportunizada a participação dialética do interessado, a prova exigirá o contraditório posterior (diferido ou postergado), para que receba a qualificação de prova (*stricto sensu*). A partir do critério do contraditório oportunizado durante a produção da prova ou após sua produção, a doutrina o subdivide em: (a) contraditório real (ou para a prova ou para a

constituição da prova), relativo à participação das partes na produção da prova que é feita na presença de juiz (a exemplo da prova testemunhal em juízo); e (b) contraditório diferido (ou sobre a prova ou sobre a prova já produzida), referente ao debate dos interessados a respeito da prova já formada (os assistentes técnicos se manifestam sobre o laudo pericial já elaborado unilateralmente pelo perito).

Destarte, afirma Rangel (2009, p. 76):

A sentença deve ser motivada com base nas provas EXISTENTES no processo judicial. Não pode e não deve o juiz se referir, em sua fundamentação, às informações contidas no IP, salvo as informações cautelares, não repetíveis e antecipadas. (grifos do autor)

Portanto, tal dispositivo falha ao possibilitar que o juiz fundamente sua decisão com elementos de informação que não foram submetidos ao efetivo crivo do contraditório, produzidos em fase caracterizadamente inquisitória.

Passa-se agora à análise da gestão probatória no Sistema Processual Brasileiro.

3.3.1 A GESTÃO PROBATÓRIA E O ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Neste momento, será feito estudo do art. 156 do CPP, tendo como fulcro evidenciar a problemática referente à gestão probatória em razão da redação deste dispositivo.

O art. 156, teve sua redação dada pela conhecida reforma do Código de Processo Penal de 2008, mais especificamente, pela Lei nº 11.690 de 9 de junho de 2008, que assim dispõe:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (BRASIL, 1941)

O *caput* do referido artigo trata da distribuição do ônus da prova entre as partes, que pode ser assim definido:

[...] pode-se dizer que o ônus da prova é o encargo que as partes têm de provar, por meios legal e moralmente admissíveis, a veracidade das afirmações por ela formuladas ao longo do processo, resultando de sua inação uma situação de desvantagem perante o direito. (LIMA, 2016, p. 594)

Por força do princípio da presunção de inocência, elemento fundante da lógica processual penal, recai sobre a acusação ônus probatório:

Afirmar que *ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória* implica e deve implicar a transferência de todo o ônus probatório ao órgão da acusação. A este caberá provar a *existência de um crime*, bem como sua autoria. (grifos do autor) (PACELLI, 2017, p. 341)

Em que pese o ônus recair sobre a acusação, parcela majoritária da doutrina, da qual se filia o mencionado autor, entende que o ônus probatório da acusação se refere apenas à comprovação da autoria e da materialidade do crime, pois:

Cabe, assim, à acusação, diante do princípio da inocência, a prova quanto à materialidade do fato (*sua existência*) e de sua autoria, não se impondo o ônus de demonstrar a inexistência de qualquer situação excludente de ilicitude ou mesmo de culpabilidade. Por isso, é perfeitamente aceitável a disposição do art. 156 do CPP, segundo a qual “*a prova da alegação incumbirá a quem fizer*”. (grifos do autor) (PACELLI, 2017, p. 341)

Por outro lado, entendimento doutrinário diverso compreende que o ônus probatório é total e intransferível da acusação, conforme afirma Lopes Jr. (2016, p. 371):

Gravíssimo erro é cometido por numerosa doutrina (e rançosa jurisprudência), ao afirmar que à defesa incumbe a prova de uma alegada excludente. Nada mais equivocado, principalmente se compreendido o dito até aqui. A carga do acusador é de provar o alegado; logo, demonstrar que alguém (autoria) praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável). Isso significa que incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, inexistência de causas de justificação.

Por sua vez, Lima (2016, p. 599) afirma que cabe à acusação comprovar a inocorrência de excludente de ilicitude, desde que seja determinada e alegada pela defesa, independente de se tratar de fato positivo ou negativo, uma vez que, caso a defesa alegue fato determinado negativo, caberá ao órgão acusador (ou querelante) trazer provas de fatos positivos contrários.

Dessa forma, em que pese a impossibilidade da inércia probatória defensiva gerar qualquer prejuízo processual, vale frisar, consoante Lopes Jr. (2016, p. 370), que a não produção de provas por parte da defesa gera a assunção de eventuais riscos de se perder a chance de alterar o convencimento do magistrado em favor da tese defensiva.

Não obstante a divergência doutrinária acerca do tema, a permissão trazida no *caput* do artigo, no sentido de atribuir qualquer ônus probatório ao réu, munido da garantia primordial da presunção de inocência, aparenta ser paradoxal, pois, é dever exclusivo do acusador (querelante/MP) trazer argumentos plausíveis, corroborados com provas lícitas, a fim de convencer o julgador a retirar o acusado do natural estado de inocência em que se encontra.

Se o fato de se atribuir carga probatória à defesa já constituiria, por si só, grave afronta à presunção de inocência, tal situação é agravada por conta dos incisos que sucedem ao *caput* do art. 156, ao facultarem ao juiz, sem qualquer provocação das partes, a produção de provas *ex officio*, inclusive na fase pré-processual.

Cabe à Polícia Judiciária, juntamente com o acusador, realizar as diligências investigatórias, sendo atribuída ao órgão julgador apenas a tutela das garantias do indivíduo.

Dessa forma, afirma Pacelli (2017, p. 342) que o magistrado quando defere alguma medida acautelatória em desfavor do indiciado, não o faz com o fim de preservar a investigação, mas tão somente para exercer o controle constitucional de restrições a eventuais inviolabilidades.

Por conta disso:

[...] nenhuma providência deve ser tomada de ofício pelo magistrado, para fins de preservação de material a ser colhido em fase de investigação criminal. Nem prisão de ofício, nem qualquer outra medida acautelatória, até porque o que de ser acautelado, em tais situações, é a investigação e dela não há que se cuidar e nem por ela responder o órgão da jurisdição. (PACELLI, 2017, p. 343)

O dispositivo, permitindo a atuação de ofício, já na fase de inquérito, fere gravemente a necessária imparcialidade do magistrado, contaminando-o psicologicamente desde a investigação:

[...] pelo simples fato de ser humano, não há como negar que, após realizar diligências de ofício na fase investigatória, fique o magistrado envolvido psicologicamente com a causa, colocando-se em posição propensa a julgar favoravelmente a ela, com grave prejuízo a sua imparcialidade. A partir do momento em que uma mesma pessoa concentra as funções de investigar e colher as provas, além do poder de julgar o acusado, estará comprometido *a priori* com a tese da culpabilidade do acusado. (LIMA, 2016, p. 601)

Ademais, para além da atuação *ex officio* na fase pré-processual, o dispositivo em análise, por conta de seu inciso II, permite ao magistrado atuar sem provocação no processo, de modo a “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

Assim, por conta da cega ambição da verdade que ainda permeia o *locus* processual penal pátrio, sai o julgador do seu lugar de equidistância em relação aos interesses das partes, com vistas a confirmar, por conta das provas por ele produzidas, hipótese por ele próprio firmada. Tal situação é muito bem narrada por Prado (2005, p. 218):

Desconfiado da culpa do acusado, investe o juiz na direção da introdução de meios de prova que sequer foram considerados pelo órgão de acusação, ao qual, nestas circunstâncias, acaba por substituir. Mais do que isso, aqui igualmente se verificará o mesmo tipo de comprometimento psicológico objeto das reservas quanto ao poder do próprio juiz iniciar o processo, na medida em que o juiz se fundamentará, normalmente, nos elementos de prova que ele mesmo incorporou ao processo, por considerar importantes para o deslinde da questão. Isso acabará afastando o juiz da desejável posição de seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, posição essa apta a permitir a melhor ponderação e conclusão.

Desse modo, renasce no contexto do processo penal contemporâneo a figura do juiz ativo, buscando as próprias provas para chegar na decisão que lhe convém:

Pronto, consagram o juiz-instrutor-inquisidor, com poderes para, na fase de investigação preliminar, colher de ofício a prova que bem entender, para depois, no

processo, decidir a partir de seus próprios atos. Decide primeiro, a partir da prova que ele constrói, e depois, no golpe de cena que se transforma o processo, formaliza essa decisão. (LOPES JR., 2016, p. 64-65)

Inobstante os graves danos causados à imparcialidade por conta da iniciativa probatória de ofício, a grande maioria da doutrina processual penal admite uma atuação probatória supletiva a das partes na fase processual.

Exemplo disso é o raciocínio explicitado pelos autores Alencar e Távora (2016, p. 874), que afirmam que a atuação probatória do magistrado deve ocorrer de forma complementar à iniciativa das partes, sendo limitada pela necessária imparcialidade exigida para o julgamento do feito.

Nesse mesmo sentido, parcela expressiva da doutrina entende que a atribuição de iniciativa probatória não prejudica a imparcialidade do juiz, conforme afirma Badaró (2003, p. 83):

[...] os poderes instrutórios do juiz não são incompatíveis com a imparcialidade do julgador. Ao determinar a produção de uma prova, o juiz não sabe, de antemão, o que dela resultará e, em consequência, a qual parte vai beneficiar. Por outro lado, se o juiz está em dúvida sobre um fato e sabe que a realização de uma prova poderia eliminar sua incerteza e não determina sua produção, aí sim estará sendo parcial, porque sabe que, ao final, sua abstenção irá beneficiar a parte contrária àquela a quem incumbirá o ônus daquela prova. Juiz ativo não é sinônimo de juiz parcial. É equivocado confundir neutralidade ou passividade com imparcialidade. Um juiz ativo não é parcial, mas apenas um juiz atento aos fins sociais do processo, e que busca exercer sua função de forma a dar ao jurisdicionado a melhor prestação jurisdicional possível.

Com o devido respeito ao entendimento dos autores, ao juiz não pode ser conferido qualquer poder instrutório. Juiz ativo possui, em regra, interesse na causa e, portanto, perde o necessário grau de afastamento dos interesses das partes, elemento este, nevrálgico para a efetiva imparcialidade do magistrado:

Quando, porém, se dedica a produzir provas de ofício se coloca como ativo sujeito do conhecimento a empreender tarefa que não é neutra, pois sempre deduzirá a hipótese que pela prova pretenderá ver confirmada. Como as hipóteses do processo penal são duas: há crime e o réu é responsável ou isso não é verdade, a prova produzida de ofício visará confirmar uma das duas hipóteses e colocará o juiz, antecipadamente, ligado à hipótese que pretende comprovar. (PRADO, 2005, p. 224-225)

Por força da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, diferente do entendimento da grande parcela dos doutrinadores, ao magistrado, em caso de dúvida, inexistente qualquer medida a ser tomada senão a absolvição do acusado.

É necessário se desvencilhar da já mencionada ambição da verdade que ainda vigora no Sistema Processual Penal Brasileiro, seja ela substancial ou formal, uma vez que, historicamente, a persecução da verdade consubstanciou posturas ativas daqueles que deveriam

permanecer em seu lugar de alheamento em relação aos interesses contrapostos (acusação/defesa), impossibilitando, dessa forma, a aplicação do devido processo.

Por conta disso, para além de qualquer função instrutória, cabe ao juiz a precípua função de garantidor da aplicação do devido processo legal e todas as garantias fundamentais que lhe são ínsitas, de modo a proporcionar às partes julgamento efetivamente justo.

3.4 SISTEMA MISTO (?)

Consoante o que foi visto neste capítulo, a estrutura do Sistema Processual Brasileiro divide a persecução penal em duas fases distintas, sendo a inicial, pré-processual, marcada por características que em muito a aproximam de modelos inquisitoriais que foram estudados no primeiro capítulo.

Por outro lado, na fase processual, ao acusado são garantidos diversos direitos decorrentes do devido processo legal, caracterizando tal etapa como acusatória.

À vista dessa estrutura bifásica, manifestada em duas etapas que são diametralmente opostas, muitos autores classificam o Sistema Processual Brasileiro como misto. Assim compreendem, por exemplo, Alencar e Távora (2016, p. 27):

[...] cremos plenamente possível a existência de sistema misto, eclético ou híbrido, como classificação apta a definir modelos cujo processo se estrutura basicamente em duas etapas: (1) uma inquisitorial, sem contraditório, com rito instrutório secreto e com prevalência da palavra escrita; e (2) outra acusatória, com imputação certa, garantia do contraditório e procedimento regido pela publicidade e pela prevalência do princípio da oralidade.

Há, ainda, grande parcela doutrinária que classifica o modelo brasileiro como acusatório, uma vez que, com o advento da Constituição Federal, o Código de Processo Penal sofreu releitura:

[...] com o advento da Constituição Federal, que prevê de maneira expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção de não culpabilidade, estamos diante de um sistema acusatório. É bem verdade que não se trata de um sistema acusatório puro. De fato, há de se ter em mente que o Código de Processo Penal tem nítida inspiração no modelo fascista italiano. Torna-se imperioso, portanto, que a legislação infraconstitucional seja relida diante da nova ordem constitucional[...] não se pode admitir que se procure delimitar o sistema brasileiro a partir do Código de Processo Penal. (LIMA, 2016, p. 41)

Não obstante as classificações atribuídas ao Sistema Processual Brasileiro, seja misto ou acusatório, cabe aqui explanar a teoria trazida pelo célebre professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

O autor, se utilizando da concepção kantiana de sistema, afirma que os sistemas estudados em diversos campos do conhecimento são fundados sob uma ideia unívoca, denominada, nesse caso, princípio unificador:

Ora, como se sabe, foi Kant que concebeu, na sua *Arquitetônica da Razão Pura* (na sua obra *Crítica da Razão Pura*), a possibilidade de se encontrar a verdade em estruturas complexas e assim o fez imaginando a possibilidade de se conhecer os conjuntos (*sýstema*, do grego). Para ele, sistema era o conjunto de elementos colocados em relação sob uma ideia única. Ela, por sua vez, seria determinada pela finalidade do conjunto e estaria colocada como princípio de ligação entre os elementos integrantes, logo funcionaria como um princípio unificador, reitor da conexão e, como tal, dado a priori. Foi assim que se pode pensar em sistemas nos mais variados campos, algo que vai do sistema solar ao sistema de governo, ou seja, matéria aparentemente de conhecimento corriqueiro no cotidiano. Em todos, porém, há um princípio unificador. (COUTINHO, 2009, p. 108)

Diante disso, tendo o processo penal finalidade de reconstrução narrativa de um suposto fato histórico através das provas (LOPES JR., 2016, p. 358), resta evidente que o modo como a instrução probatória é gerida definirá qual será o princípio unificador regente:

Ora, faz-se uma opção política quando se dá a função de fazer aportar as provas ao processo seja ao juiz (como no Sistema Inquisitório), seja às partes, como no Sistema Acusatório, por evidente que sem se excluir (eis por que todos os sistemas são mistos) as atividades secundárias de um e de outros, tudo ao contrário do que se passava nos sistemas puros. Daí que a gestão da prova caracteriza, sobremaneira, o princípio unificador e, assim, o sistema adotado. (COUTINHO, 2009, p. 109)

Assim, o princípio regente do sistema acusatório é o dispositivo, em contrapartida ao princípio inquisitivo adotado pelo sistema inquisitório:

O problema é que é o fim do sistema – como referido –, que ressignifica o princípio unificador e ele, como é elementar, ganha um colorido diferente nos dois sistemas conhecidos: o princípio unificador será **inquisitivo se o sistema for inquisitório**; e **será dispositivo se o sistema for acusatório**. Como ideia única, não comporta divisão e, deste modo, não se pode ter um princípio misto e, de consequência, um sistema misto. (grifos do autor) (COUTINHO, 2009, p. 109)

Destarte, o modelo processual brasileiro, em que pese sua estrutura bifásica, marcada por fase inicial dita inquisitorial e posterior processo de cunho acusatório, não pode ser definido como misto, uma vez que regido pelo princípio inquisitivo.

Isso porque, dispositivos como o art. 156 do CPP atribuem ao magistrado poderes instrutórios, em total contraposição ao modelo acusatório, onde o juiz, por força do princípio dispositivo que rege tal sistema, se mantém como espectador da atividade probatória das partes.

Diante disso, a separação das funções dos órgãos de acusação e julgamento, por mais que sejam essencialmente importantes, mostram-se inaptas a promover a aplicação efetiva de sistema acusatório no modelo brasileiro, consoante o que explicita Lopes Jr. (2016, p. 64):

É insuficiente pensar que o sistema acusatório se funda a partir da separação inicial das atividades de acusar e julgar. Isso é um reducionismo que desconsidera a

complexa fenomenologia do processo penal. De nada basta uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação, se depois, ao longo do procedimento, permitimos que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora.

Como bem afirma Khaled Jr. (2016, p. 136), para além de mera discussão acadêmica, delegar ao magistrado poderes instrutórios constitui a reprodução das mazelas atinentes ao modelo inquisitorial.

Assim, o Sistema Processual Brasileiro, diante da inexistência, atualmente, de sistemas acusatórios ou inquisitórios puros, tais como ocorria na antiguidade, deve ser definido como inquisitório ou, como mencionam alguns autores, (*neo*) inquisitório, pois, em que pese possuir características nitidamente acusatórias, ainda fomenta a figura do juiz-ator, elemento fulcral do sistema inquisitório.

Portanto, deve ser realizada ampla releitura constitucional dos variados dispositivos que permitem a atuação de ofício do magistrado presentes no Código de Processo Penal, dando especial enfoque aqueles que permitem a atuação *ex officio* do magistrado no que tange à produção probatória, restando, dessa forma, em total descompasso ao devido processo legal previsto na Constituição Federal.

4 NOVO PARADIGMA E POSSÍVEIS SOLUÇÕES RUMO AO MODELO ACUSATÓRIO

O presente capítulo analisará o novo paradigma que se instalou na sistemática processual penal pátria decorrente da Operação Lava Jato. O estudo do tema dá-se, precipuamente, por conta das arbitrariedades perpetradas no âmbito da operação, bem como pela introdução de institutos que desrespeitam princípios processuais penais previstos na Constituição, reafirmando, dessa maneira, a lógica inquisitorial que atualmente domina o Processo Penal brasileiro.

Para isso, em um primeiro momento será feita análise acerca dos principais aspectos da Operação Lava Jato, uma vez que, para além dos expressivos resultados decorrentes desta operação, vem sendo marcada por diversas críticas no que tange à quebra de garantias fundamentais dos acusados, bem como colocando em dúvida a imparcialidade de alguns dos magistrados atuantes na operação que, em determinados aspectos, se assemelham à figura do juiz ativo do modelo inquisitório.

Ainda, torna-se importante, neste capítulo, estudar a Lava Jato por conta da utilização, em larga escala, de um instituto até então pouco utilizado no Processo Penal Brasileiro, qual seja, a delação premiada.

Tal instituto, por meio do oferecimento de benefícios e a coerção dos potenciais colaboradores, insere uma lógica de mercado jamais vista no contexto do processo penal brasileiro, transformando a confissão, assim como ocorrera em modelos inquisitórios, na rainha das provas.

Ao final, como possível solução à problemática instaurada, diante das significativas alterações trazidas no que tange à efetivação de estrutura acusatória, passando, pela mudança da gestão probatória atual, faz-se mister analisar o Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, sendo o projeto que visa instituir o novo Código de Processo Penal.

4.1 O PROCESSO PENAL EM TEMPOS DE LAVA JATO

4.1.1 BREVE HISTÓRICO DA OPERAÇÃO

O início da denominada Operação Lava Jato remonta ao dia 17 de março de 2014, quando, consoante informações do Ministério Público Federal (2018), a Polícia Federal deflagrou operações visando investigar quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, sendo que, em uma delas, era utilizada uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis para movimentar recursos supostamente ilícitos, razão pela qual deu-se o nome à Operação, que acabou sendo utilizado para as investigações subsequentes.

Assim, de início, a Operação visava investigar uma gama de crimes supostamente perpetrados por tais organizações:

Inicialmente, foi identificada a atuação dos principais personagens do mercado clandestino de câmbio no Brasil no esquema criminoso investigado. Esses doleiros eram responsáveis pela movimentação financeira e lavagem de dinheiro de inúmeras pessoas físicas e jurídicas, o que acabava por envolver uma grande diversidade de outros crimes, como tráfico internacional de drogas, corrupção de agentes públicos, sonegação fiscal, evasão de divisas, extração, contrabando de pedras preciosas, desvios de recursos públicos, dentre outros. (POLÍCIA FEDERAL, 2016)

Ocorre que, por conta de uma suposta doação de um veículo, descobriu-se a relação de agentes da estatal Petrobras com os doleiros investigados:

Em julho de 2013, mediante autorização judicial de Sergio Moro, que à época atuava na 13ª Vara Criminal da Justiça Federal, com competência para julgar crimes financeiros de interesse da União ou transnacionais em todo o Paraná, a Polícia Federal interceptou telefonemas entre os doleiros Carlos Habib Chater e Alberto Youssef. Nas gravações e num e-mail de Youssef para Paulo Roberto Costa, descobriu-se que o doleiro havia “doado” um Range Rover Evoque, no valor de R\$ 250 mil, para o diretor de Abastecimento da Petrobras. Passou-se então a investigar também Paulo Roberto Costa sobre o motivo de ter sido agraciado com o veículo pelo já conhecido doleiro. (CHEMIM, 2017, p. 93)

Dessa forma, o doleiro e o ex-diretor da Petrobras foram alvos da Operação nesse momento inicial:

A Operação Lava Jato é oficialmente deflagrada pela Polícia Federal na data 17 de março de 2014 em seis estados e no DF, culminando, inicialmente, com a prisão de dezesseis pessoas, dentre elas Alberto Youssef. Três dias depois da prisão de Youssef, em 20 de março de 2014, o diretor de abastecimento da Petrobras de 2004 a 2012, Paulo Roberto Costa, é preso pela Polícia Federal suspeito de destruir documentos. Paulo Roberto Costa era investigado por supostas irregularidades na compra pela Petrobrás da refinaria de Pasadena, no Texas, em 2006. (YAROCHEWSKY, 2016)

Como será visto em tópico específico dedicado aos acordos de colaboração, Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa, por conta das informações que detinham, tiveram imensa importância para a Operação Lava Jato, realizando acordos de colaboração no mínimo controversos.

Prosseguindo, após essa etapa inicial, as investigações seguiram, chegando ao ponto central do que hoje é a Operação, quando se descobriu um largo esquema de corrupção envolvendo, majoritariamente, grandes empreiteiras e a empresa petrolífera estatal Petrobras:

Num primeiro momento, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF/MF) registrou que o grupo realizou operações financeiras atípicas que superavam R\$ 10 bilhões. O avanço das investigações permitiu descobrir que os doleiros facilitavam também o repasse de propinas ajustadas em desfavor da Administração Pública Federal e decorrentes de contratos públicos celebrados mediante fraude em processos licitatórios (POLÍCIA FEDERAL, 2016)

Tal esquema funcionava da seguinte forma: grandes empreiteiras, que deveriam concorrer para conseguir contratos com a estatal através de licitações, organizavam cartéis, realizando concorrência ficta entre si.

De acordo com o Ministério Público Federal (2018), em reuniões as empreiteiras participantes previamente definiam quem seria a vencedora de determinada licitação, estipulando, inclusive, qual seria o preço a ser ofertado na licitação. Através de propinas pagas pelas empresas a funcionários do alto escalão da Petrobras, as quais variavam de 1% a 5% do valor bilionário dos contratos, os executivos da estatal restringiam a concorrência externa em relação ao cartel, selecionando a empreiteira escolhida por essas empresas como vencedora da licitação.

Além das fraudes à licitação, eram feitas negociações diretas injustificadas, onde a Petrobras celebrava aditivos desnecessários e com preços excessivos nos contratos, além de acelerar contratações por meio da supressão de etapas relevantes e vazavam informações sigilosas, dentre outras irregularidades. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2018)

A intermediação e o pagamento das propinas eram realizados por operadores financeiros, dentre eles, alguns dos doleiros alvos das etapas iniciais da operação.

Cabe frisar que, muito embora iniciada por conta de ilícitos perpetrados na Petrobras, foi descoberto, consoante o que expõe Chemim (2017, p. 104), o envolvimento de outras empresas e estatais, dentre elas, a Eletrobrás e a Eletronuclear, além da subsidiária da Petrobras responsável pela importação e exportação de petróleo e derivados, no caso, a Transpetro.

Ademais, diante do envolvimento de agentes políticos nos supostos delitos praticados, foram abertas investigações decorrentes da Operação Lava Jato no Supremo Tribunal Federal:

Outra linha da investigação – correspondente à sua verticalização – começou em março de 2015, quando o Procurador-Geral da República apresentou ao Supremo Tribunal Federal 28 petições para a abertura de inquéritos criminais destinados a apurar fatos atribuídos a 55 pessoas, das quais 49 são titulares de foro por prerrogativa de função (“foro privilegiado”). São pessoas que integram ou estão relacionadas a partidos políticos responsáveis por indicar e manter os diretores da Petrobras. Elas foram citadas em colaborações premiadas feitas na 1ª instância mediante delegação do Procurador-Geral. A primeira instância investigará os agentes políticos por improbidade, na área cível, e na área criminal aqueles sem prerrogativa de foro. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2018)

Por conta da cisão das investigações, ocorreu a descentralização da Operação Lava Jato, que antes se concentrava em Curitiba, consoante o que explicita Chemim (2017, p. 104):

A proliferação de informações envolvendo outros órgãos e empresas levou à decisão monocrática do ministro Teori Zavascki de separar da investigação original a notícia de crime envolvendo a senadora Gleisi Hoffmann (PT) no âmbito do Ministério do Planejamento [...] Por 8 votos a 2, o STF decidiu também separar a investigação entre quem tinha foro privilegiado (caso da senadora) e quem não gozava da prerrogativa. Porém, estes últimos não tiveram seu caso remetido ao juízo de primeiro grau de

Curitiba, como queriam os investigadores, mas para São Paulo. [...] A partir daí se abriram novos flancos em São Paulo, Rio de Janeiro e Distrito Federal. Para tentar manter o ritmo das investigações e a compreensão do todo do caso foram formados grupos de investigadores nestes locais nos moldes da força-tarefa original

Em razão dos expressivos números resultantes dessas investigações, a Operação Lava Jato é considerada a maior operação da história brasileira no que concerne ao combate à corrupção. A título exemplificativo, de acordo com informações do Ministério Público Federal (2018), somente no estado do Paraná, onde a operação já se desdobra à 51ª fase, 132 pessoas foram condenadas, em um somatório de penas que se aproxima a 2.000 anos.

Ademais, ao STF já foram submetidos cerca de 121 acordos de colaboração, estando em trâmite sete Ações Penais. Até o momento ainda não houve nenhuma condenação.

Ainda, estima-se que, por meio de acordos de colaboração, enormes quantias serão recuperadas aos cofres públicos:

Por meio de acordos de colaboração e de leniência, procuradores do Rio e de Curitiba já conseguiram assegurar que um total de R\$ 11,9 bilhões serão restituídos - um recorde na história brasileira. Mas até mesmo o repasse desse montante às vítimas pode demorar décadas. Isso porque há empresas e réus que ainda estão pagando os valores que concordaram em restituir aos cofres públicos. Alguns acordos preveem devolução em até duas décadas. Desde 2015, a Petrobras já recebeu 14 repasses, que totalizam R\$ 1,5 bilhão, ou o equivalente a cerca de 13% do dinheiro recuperado. (ODILLA, 2018)

Dessa forma, diante dos números ora apresentados, resta inegável o impacto da Operação Lava Jato na realidade brasileira.

No entanto, em que pese sua importância como tentativa de efetivamente identificar os agentes corruptores, além de puni-los e ressarcir ao Erário o elevado montante desviado, denota-se que a Operação Lava Jato e seus eventuais desdobramentos acabaram por alterar, de forma substancial, o paradigma do Processo Penal Brasileiro, adotando, muitas vezes de modo desregrado, institutos que antes eram estranhos ao Sistema Processual pátrio, além de relativizar direitos e garantias fundamentais dos acusados.

4.1.2 O *PLEA BARGAINING*

De início, antes de ser feita análise da problemática que permeia o Processo Penal diante dos novos paradigmas estabelecidos pela Operação Lava Jato, torna-se importante realizar breve excursão acerca do instituto de colaboração do Sistema *Common Law*, denominado *Plea Bargaining*.

Isto porque toda a lógica de negociação e barganha que atualmente vigora no âmbito do Processo Penal Brasileiro, mormente no que concerne aos processos decorrentes da Lava Jato, possui forte influência do sistema de colaboração norte americano.

Desse modo, no modelo de persecução penal estadunidense, quando é atribuída a um investigado a autoria de determinada conduta delitiva pelo órgão acusador, cabe a ele tomar certas decisões:

O investigado pode, com a assistência de defensor: (a) confessar a culpa (*plead guilty*); (b) negar a culpa (*not guilty*); e, (c) não se defender (*no contest, nolo contendere*). Nas hipóteses de confessar e não querer se defender, abre-se caminho para a barganha (17.3.3), com negociação sobre o conteúdo da acusação e da pena. (MORAIS DA ROSA, 2017, p. 319)

Assim, de maneira similar ao que vem ocorrendo no Brasil, caso haja confissão e renúncia ao direito de julgamento, o sistema de persecução penal norte-americano faculta ao acusado a possibilidade de acordo com a acusação. Uma dessas modalidades de acordo é o *plea agreement*, assim explicitado:

Nos Estados Unidos da América, também há o *plea of agreement*. Nesse caso, a acusação e a defesa chegam a um acordo e o informam ao Poder Judiciário, versando sobre concessões recíprocas. Como regra, os juízes aceitam os acordos e prolatam sentenças atentando para as cláusulas pactuadas, por mais que não estejam totalmente vinculados pelos seus termos. (CRUZ, 2016, p. 159)

Ademais, além de acordos realizados entre acusação e defesa tratando-se exclusivamente da assunção de culpa, há, no sistema norte americano, acordos muito similares aos da delação premiada brasileira, onde, para além da mera confissão, faz-se necessário apontar demais suspeitos do eventual crime perpetrado:

Algo mais compatível com a nossa delação premiada está previsto no âmbito federal dos EUA, em que a realização de acordos depende da efetiva cooperação do acusado para a identificação de outros suspeitos, fornecimento de provas etc. Ao final, o acusador deve apresentar um relatório detalhando a contribuição do delator, para que haja eventual redução de pena. (CRUZ, 2016, p. 160)

Cumprе ressaltar que, não obstante a VI Emenda da Constituição norte-americana garantir ao acusado direito ao julgamento em procedimentos criminais, na maioria dos casos, as penas são aplicadas diretamente através do *plea bargaining*:

Ora, a maioria dos estudiosos tem sustentado que, há muito, mais de 80% dos casos criminais dos Estados Unidos têm sido resolvidos com o emprego do *plea bargaining*. Trata-se, sem dúvida alguma, de um dos mais importantes institutos da cultura processual estadunidense. (CRUZ, 2016, p. 161)

No mesmo sentido, afirma Moraes da Rosa (2017, p. 319):

Embora cada Estado, dada a autonomia, tenha regulamentação específica, com base no *Federal Criminal Code* e a tradição pode-se dizer que os julgamentos perante o Júri, ou mesmo juiz togado (*waive*) são cada vez menos utilizados, diante dos custos, da complexidade probatória e dos riscos, prevalecendo a lógica do *plea bargaining*.

Portanto, em razão dos custos inerentes ao processo penal, muitas vezes os órgãos acusadores, por meio de ameaças, “forçam” o acusado a aceitar acordos, visando a sua confissão. Tal situação é muito bem descrita por Moraes da Rosa (2017, p. 323), quando assim expõe:

Perceba-se que o processo é tido como direito disponível e, portanto, renunciável (9.2.2.). Difere, assim, da tradição que entende a culpa como a decorrente de uma sentença judicial, excluindo, inclusive, a possibilidade de se condenar alguém exclusivamente com base na confissão (CPP, artigo 197). No novo modelo - que coexiste com o modelo continental -, negocia-se quase tudo. E a proposta é feita no “pegar ou largar”: se o suspeito aceitar a culpa - mesmo sendo inocente- recebe uma pena pequena e benefícios; se quiser o processo, não terá nenhum benefício e servirá de exemplo para que os futuros sejam incentivados a aceitar a culpa, mesmo sendo inocentes. Você não aceitaria uma pena de 6 (seis) meses, mesmo sendo inocente, ao preço de discutir a culpa no processo judicial, em que a pena pode ser de 5 (cinco) anos, em regime fechado? Ainda mais quando o jogador-acusador ameaça (17.3.1) dizendo que se não cooperar irá até o final, pedindo a condenação máxima?

Dessa forma, o *plea bargaining* retoma a lógica da *confessio est regina probationum*, ou seja, busca-se a todo o custo a confissão do acusado. Assim, é retomado o elemento nevrálgico da Inquisição Católica quando da persecução daqueles considerados hereges, consoante o que já foi exposto no capítulo inicial desta pesquisa.

Vale frisar que os problemas do direito premial norte-americano vêm sendo estudados no meio acadêmico há bastante tempo. Exemplo disso pode ser dado por John H. Langbein, professor especialista em História do Direito da Universidade de Yale, que, no longínquo ano de 1978, publicou artigo intitulado “*Torture and Plea Bargaining*”, onde demonstra as similaridades existentes entre a tortura utilizada para obtenção da confissão no modelo inquisitório puro e o sistema de *plea bargaining* dos Estados Unidos.

Segundo o professor, muito embora não se utilizando da tortura física, o instituto do *plea bargaining* atua de forma semelhante ao que ocorria na Inquisição, ou seja, coagindo o acusado com vistas a obter a confissão através da ameaça de um aumento da pena em caso de condenação:

We coerce the accused against whom we find probable cause to confess his guilt. To be sure, our means are much politer; we use no rack, no thumbscrew, no Spanish boot to mash his legs. But like the Europeans of distant centuries who did employ those machines, we make it terribly costly for an accused to claim his right to the constitutional safeguard of trial. We threaten him with a materially increased sanction if he avails himself of his right and is thereafter convicted. This sentencing differential is what makes plea bargaining coercive¹. (LANGBEIN, 1978, p. 12-13)

¹ Coagimos aquele acusado mais propenso a confessar sua culpa. Para assegurar, nossos meios são mais civilizados, não usamos o balcão de estiramento, parafusos de polegar, nem a bota espanhola para quebrar suas pernas. Mas, assim como os Europeus de séculos distantes que utilizavam essas máquinas, transformamos isso em algo terrivelmente custoso para aquele que clama por seu direito à garantia constitucional de julgamento. Nós o ameaçamos com um considerável aumento de pena após ser condenado se ele se utilizar do seu direito. É a diferença na condenação que torna o *plea bargaining* coercitivo (tradução nossa).

Para o autor, em que pese a clara diferença entre o sofrimento físico decorrente da tortura medieval e o eventual aumento no período de cerceamento da liberdade de locomoção, os dois institutos (tortura e *plea bargaining*) não são espécies diversas, sendo separados tão somente pelo grau de sofrimento da coerção:

*There is, of course, a difference between having your limbs crushed if you refuse to confess, or suffering some extra years of imprisonment if you refuse to confess, but the difference is of degree, not kind. Plea bargaining, like torture, is coercive*². (LANGBEIN, 1978, p. 12-13)

Assim, retomando a lógica inquisitória de persecução irrestrita da verdade por meio da confissão, o sistema de *plea bargaining* obtém, muitas das vezes, resultados diametralmente opostos: o encarceramento em massa de inocentes que assumiram a autoria de delitos por medo de um substancial aumento da pena decorrente da não aceitação de um acordo de confissão.

Portanto, diferente do que vem ocorrendo no contexto norte-americano, o *plea bargaining* deve ser utilizado com cautela. Não pode o Estado, de forma coercitiva, sob o pretexto de redução dos custos oriundos do processo, retirar do acusado a garantia fundamental de responder às acusações que lhe são imputadas através do devido processo legal.

4.1.3 LAVA JATO E O NOVO PARADIGMA DO PROCESSO PENAL.

A Operação Lava Jato, por conta dos expressivos números já mencionados, alcançou o status de maior operação de combate à corrupção do país, angariando, ainda, forte apoio de parcela expressiva da população brasileira.

Tal operação vem sendo amplamente coberta pela mídia e, em razão disso e de mídias sociais, alguns nomes da operação ganharam especial notoriedade. Dentre eles, a figura mais conhecida e que, para muitos, se tornou o símbolo da operação é a de Sérgio Fernando Moro, juiz titular da 13ª Vara Federal de Curitiba, responsável pelos processos que tramitam na primeira instância do “braço” da Lava Jato no estado do Paraná.

A menção ao nome do magistrado dá-se, para além da sua popularidade, por conta das críticas que este recebe de diversos juristas que analisam os eventuais excessos que são cometidos no âmbito da operação.

Dentre os casos julgados pelo magistrado, cumpre ressaltar aquele que culminou com a prisão do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva após a condenação em segunda instância, por

² Existe, é claro, uma diferença entre ter seus membros esmagados se você se recusa a confessar, ou sofrer mais alguns anos de aprisionamento se você se recusa a confessar, mas a diferença é de grau, não de espécie. *Plea bargaining*, assim como a tortura, é coercitiva (tradução nossa).

conta das supostas práticas delituosas de corrupção passiva e lavagem de dinheiro³, assim narradas:

No processo, o Ministério Público Federal afirma que Lula, com a participação de Marisa Letícia (que foi sua esposa e está fora do processo desde sua morte, em fevereiro) e outros citados, recebeu, como propina da empreiteira OAS, um apartamento no condomínio Solaris, em Guarujá (SP). Em troca, Lula teria facilitado a assinatura de contratos irregulares da OAS com a Petrobras. [...] A suposta vantagem, no valor de R\$ 2,2 milhões, teria saído de uma conta de propina destinada ao PT em troca do favorecimento da empresa em contratos na Petrobras. (BRETAS; GRANATO, 2018)

Lula foi condenado em primeira instância, consoante a sentença do magistrado, a uma pena de 9 anos e meio de reclusão:

Entre os crimes de corrupção e de lavagem, há concurso material, motivo pelo qual as penas somadas chegam a nove anos e seis meses de reclusão, que reputo definitivas para o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. (BRASIL, 2017)

Ainda na fase pré-processual, assim como em outras investigações, houve discussão entre juristas acerca do cometimento de certas arbitrariedades, dentre elas, o uso desmedido das conduções coercitivas, conforme explicita Chemim (2017, p. 145):

Também serve de exemplo de possíveis abusos interpretativos da legislação processual penal a ampla utilização de conduções coercitivas na Lava Jato. Segundo os dados da operação, foram realizadas 174 conduções coercitivas até novembro de 2016. A mais polêmica envolveu o ex-presidente Lula, e foi somente a partir daí que o procedimento passou a ser questionado de forma mais incisiva pelos advogados. Mas as críticas não mudaram a forma de decidir do juiz Sérgio Moro, que continuou determinando a condução coercitiva de outros investigados para prestar declarações.

A condução coercitiva do acusado está expressamente prevista no CPP, mais especificamente no seu art. 260:

Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

Parágrafo único. O mandado conterá, além da ordem de condução, os requisitos mencionados no art. 352, no que lhe for aplicável. (BRASIL, 1941)

Analisando o dispositivo, denota-se que é necessária a negativa em atender à intimação para realizar-se a condução forçada do acusado. Ocorre que, no caso em questão, o investigado não foi previamente intimado a depor.

Portanto, como bem afirma Chemim (2017, p. 145):

Promover condução coercitiva como primeira opção é violar a legislação que somente autoriza após o desatendimento de prévia intimação. Não bastasse, é possível dizer que, se a intimação do investigado ou do acusado for para simples interrogatório, especialmente quando já se tenha dados de sua qualificação e caso ele já tenha registrado nos autos que não pretende declarar nada como forma de defesa, a condução coercitiva passa a ser contrária ao direito ao silêncio e a não autoincriminação assegurado pela Constituição.

³ Mais informações sobre a Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR podem ser encontradas diretamente no site do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, bem como nas referências bibliográficas desta pesquisa.

Além das conduções coercitivas realizadas, muitos juristas criticaram a postura do juiz Moro quando este, consoante informações do portal de notícias G1 (2016), quebrou o sigilo das interceptações telefônicas realizadas em desfavor do ex-presidente, sendo, dessa forma, divulgadas conversas, inclusive com a presidente da República à época Dilma Rousseff, em momento, vale frisar, em que o magistrado já havia decretado a suspensão das interceptações.

Por força da prerrogativa de função conferida ao cargo de presidente, as interceptações telefônicas, consoante o que afirma Chemim (2017, p, 144), deveriam ser imediatamente encaminhadas ao Supremo Tribunal Federal, uma vez ser este o órgão jurisdicional competente no caso em questão.

Lênio Streck, ao comentar o episódio, afirmou que tanto o delegado responsável pelas interceptações quanto o magistrado praticaram condutas ilícitas. O primeiro por manter interceptações mesmo após o despacho ordenando sua suspensão e o magistrado, da mesma forma, por divulgá-las, não obstante ter ciência de sua ilicitude, estando sujeito, portanto, a sanções do Código Penal e do Conselho Nacional de Justiça, sendo necessária, dessa forma, a decretação de anulação do processo em razão da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (STRECK, 2016).

Tais gravações foram amplamente divulgadas pela mídia, que já vinha cobrindo, de forma incisiva, esse e outros procedimentos decorrentes das Operação Lava Jato.

O uso da mídia em casos envolvendo figuras públicas poderosas já foi defendido pelo magistrado Moro quando da publicação de artigo, em 2004, tecendo considerações sobre a Operação *Mani Pulite* (Mãos Limpas) ocorrida na Itália na década de 90 que, em alguns pontos, guarda similaridades com a Lava Jato.

Dessa forma, narrando o que ocorria na época, Moro (2004, p. 4) explicita que imediatamente após a prisão de algum dos investigados, sua confissão era detalhadamente veiculada em alguns dos periódicos de maior circulação da Itália, muito embora não restando evidente se as informações eram deliberadamente vazadas pelos procuradores, tais vazamentos foram úteis.

Para o magistrado, as informações publicizadas auxiliaram em muitos aspectos a Operação Mãos Limpas, principalmente no sentido de angariar apoio da opinião pública:

A publicidade conferida às investigações teve o efeito salutar de alertar os investigados em potencial sobre o aumento da massa de informações nas mãos dos magistrados, favorecendo novas confissões e colaborações. Mais importante: garantiu o apoio da opinião pública às ações judiciais, impedindo que as figuras públicas investigadas obstruíssem o trabalho dos magistrados, o que, como visto, foi de fato tentado. (MORO, 2004, p. 4)

Apesar de fazer ressalva acerca das eventuais lesões decorrentes dos vazamentos, Moro (2004, p. 4) atribui à publicidade dos atos realizados na operação como grande responsável por seu sucesso:

Há sempre o risco de lesão indevida à honra do investigado ou acusado. Cabe aqui, porém, o cuidado na desvelação de fatos relativos à investigação, e não a proibição abstrata de divulgação, pois a publicidade tem objetivos legítimos e que não podem ser alcançados por outros meios. As prisões, confissões e a publicidade conferida às informações obtidas geraram um círculo virtuoso consistindo na única explicação possível para a magnitude dos resultados obtidos pela operação *mani pulite*.

Por fim, nas considerações finais do referido artigo, o magistrado reitera a importância do apoio popular para o sucesso de operações dessa magnitude:

Talvez a lição mais importante de todo o episódio seja a de que a ação judicial contra a corrupção só se mostra eficaz com o apoio da democracia. É esta quem define os limites e as possibilidades da ação judicial. Enquanto ela contar com o apoio da opinião pública, tem condições de avançar e apresentar bons resultados. Se isso não ocorrer, dificilmente encontrará êxito. Por certo, a opinião pública favorável também demanda que a ação judicial alcance bons resultados. Somente investigações e ações exitosas podem angariá-la. Daí também o risco de divulgação prematura de informações acerca de investigações criminais. Caso as suspeitas não se confirmem, a credibilidade do órgão judicial pode ser abalada. (MORO, 2004, p. 6)

No mesmo sentido, na sentença condenatória do ex-presidente, diante das alegações de influências midiáticas no julgamento, afirmou o magistrado:

Em ambiente de liberdade de expressão, cabe à imprensa noticiar livremente os fatos. O sucessivo noticiário negativo em relação a determinados políticos, não somente em relação ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, parece, em regra, ser mais o reflexo do cumprimento pela imprensa do seu dever de noticiar os fatos do que alguma espécie de perseguição política a quem quer que seja. Não há qualquer dúvida de que deve-se tirar a política das páginas policiais, mas isso se resolve tirando o crime da política e não a liberdade da imprensa. (BRASIL, 2017, p. 25)

Dessa forma, algumas das constatações expostas no supramencionado artigo auxiliam na compreensão das arbitrariedades que constantemente vêm sendo perpetradas no âmbito da Operação Lava Jato, mormente no que tange à intensa exposição midiática das investigações e processos, além do conteúdo integral de delações.

Ademais, por conta das reiteradas alegações defensivas no sentido de clara suspeição do aludido magistrado, coube a este, ao final da decisão judicial condenatória, explanar a sua imparcialidade:

Por fim, registre-se que a presente condenação não traz a este julgador qualquer satisfação pessoal, pelo contrário. É de todo lamentável que um ex-Presidente da República seja condenado criminalmente, mas a causa disso são os crimes por ele praticados e a culpa não é da regular aplicação da lei. Prevalece, enfim, o ditado "não importa o quão alto você esteja, a lei ainda está acima de você" (uma adaptação livre de "*be you never so high the law is above you*"). (BRASIL, 2017, p. 237)

Diante do exposto, percebe-se que a postura do magistrado, em alguns pontos, não foi condizente com a necessária imparcialidade que a posição de julgador exige.

Ademais, a Lava Jato, para além dos excessos ora mencionados, é alvo de críticas por conta de uma aparente seletividade daqueles que serão investigados, muitas vezes concentrando esforços para investigar pessoas específicas de partidos políticos específicos em detrimento de outros.

A título exemplificativo, pode ser mencionado o caso do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, vinculado ao Partido Social Democracia Brasileira (PSDB), que em 2010 solicitou apoio financeiro para candidatos a Marcelo Odebrecht, à época presidente da empreiteira Odebrecht, uma das principais empreiteiras investigadas na Lava Jato:

O ex-presidente **Fernando Henrique Cardoso (PSDB)** pediu diretamente ao empresário **Marcelo Odebrecht**, ex-presidente e herdeiro do grupo que leva seu sobrenome, doações a candidatos do **PSDB** nas eleições de 2010. Mensagens localizadas pela **Polícia Federal (PF)** na caixa de e-mail de Odebrecht e anexadas nesta terça-feira, 5, a um dos processos da **Operação Lava Jato** contra o ex-presidente **Luiz Inácio Lula da Silva** mostram que FHC solicitou ao empreiteiro que “ajudasse” as campanhas de **Antero Paes de Barros** e **Flexa Ribeiro**, candidatos ao Senado naquele ano por Mato Grosso e Pará, respectivamente. Foi a defesa de Lula que pediu à PF a inclusão das mensagens na ação. **FHC** diz que o pedido “era legal”. (grifos do autor) (CAMPOS, 2018)

Tais solicitações ocorreram por e-mail, onde o ex-presidente solicitava o apoio da empreiteira para o financiamento das campanhas:

Em um e-mail cujo assunto é “pedido”, datado de 13 de setembro de 2010, Fernando Henrique escreveu a Marcelo Odebrecht para lembrar o empreiteiro sobre uma demanda que já havia feito a ele em um jantar, dias antes. “Envio-lhe um SOS”, apelou FHC, ressaltando que Paes de Barros estava em segundo lugar na corrida por uma cadeira de senador e enfrentava a “pressão do governismo, ancorada em muitos recursos”. Por fim, o ex-presidente passou a conta-corrente da campanha do tucano. (CAMPOS, 2018)

Ocorre que, muito embora haver indícios que poderiam ser levados em conta pelos investigadores, diante do histórico da Operação Lava Jato no que concerne à valoração desses elementos para o início de uma investigação, denota-se que não houve a abertura de qualquer procedimento investigatórios contra o ex-presidente.

Por conta dessa suposta seletividade, Alencar (2018) compara o tratamento conferido a Fernando Henrique Cardoso com o de Luiz Inácio Lula da Silva:

No mínimo, os investigadores da operação de combate à corrupção desprezaram indícios suficientes para uma averiguação. Se o ex-presidente Lula tivesse enviado mensagens parecidas a Marcelo Odebrecht, elas seriam interpretadas como provas para acusá-lo de chefiar uma organização criminosa para pedir dinheiro à empreiteira. [...] Levando em conta o padrão de indícios que a Lava Jato tem considerado suficientes para investigar, denunciar e condenar, há fatos que justificariam um interesse da operação nessa troca de e-mails.

E segue o autor:

Há uma série de perguntas que a Lava Jato poderia ter tido interesse em responder. Essas contribuições foram dadas? Foram caixa 1? Foram caixa 2? Foram propina do “Departamento de Operações Estruturadas”? Estão declaradas nas prestações de contas de Antero Paes de Barros e de Flexa Ribeiro, então postulantes ao Senado Federal? Houve pedido de contrapartida? Havia expectativa de contrapartida? No entanto, pelo que se sabe até agora, a Lava Jato não se interessou pelo assunto, em mais uma demonstração do uso de dois pesos e duas medidas. Um exemplo disso? Sergio Moro decidiu divulgar ilegalmente um grampo de uma conversa entre Lula e Dilma baseado em indícios de que a indicação do ex-presidente para a Casa Civil seria uma manobra para dar foro privilegiado ao petista e livrá-lo de responder perante o juiz federal de Curitiba. (ALENCAR, 2018)

Portanto, tal exemplo apenas elucida que a Operação Lava Jato, em determinados momentos, não tratou com isonomia determinados agentes políticos.

Vale frisar que alguns dos excessos ora mencionados não são episódios isolados. A Operação Lava Jato vem sendo marcada por inúmeros excessos que, para serem analisados, necessitariam de pesquisa própria, escapando do objeto deste trabalho, portanto.

Não obstante tal ressalva, percebe-se que, sob o pretexto do combate à corrupção, garantias fundamentais são retiradas dos acusados, muito embora parcela significativa de juristas continuem a criticar tais posturas. Com o apoio irrestrito da mídia, ávida pelos enormes lucros decorrentes da divulgação de informações, e da população que, por conta da corrupção que assola o país, apoia, em sua grande maioria, o discurso de direito penal do inimigo, sob a lógica de que os fins justificam os meios, delegando aos magistrados que adotam posturas ativas, ocupando o mesmo lugar do órgão acusador, o status de herói da nação.

Além dos números expressivos no que concerne às apreensões, prisões, denúncias e condenações, a Operação Lava Jato foi/é marcada pela larga utilização das chamadas delações/colaborações premiadas, algo que, até pouco tempo, não era usual na sistemática do Processo Penal Pátrio.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, em razão da ampla divulgação midiática da Operação Lava Jato, houve certa confusão na denominação dos termos delação e colaboração premiada, sendo utilizados, muitas vezes, como sinônimos.

O instituto da delação, ao contrário da colaboração premiada, vigora no ordenamento pátrio há tempo relativamente longo, restando prevista, por exemplo, na Lei nº 8.072/90, também conhecida como Lei de Crimes Hediondos:

Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços. (BRASIL, 1990)

No entanto, no âmbito da Operação Lava Jato, para além das delações premiadas, o sistema de persecução penal utilizou-se, em larga escala, das colaborações previstas na Lei nº 12.850/13, também conhecida como Lei das Organizações Criminosas.

Analisando o art. 4º da referida legislação, denota-se, na verdade, que a delação premiada constitui uma das espécies de colaboração:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

(BRASIL, 2013)

As exigências para a colaboração premiada são encartadas no próprio art. 4º ora mencionado e podem ser assim discriminadas:

Para poder usufruir do benefício, a lei estabelece as seguintes condições ao acusado que coopera (art. 4º, da Lei 12.850/2013): (1) que a colaboração seja voluntária; (2) que a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso recomendem a celebração do acordo; e, (3) que a colaboração seja efetiva, assim entendida como aquela que produziu um ou mais dos seguintes resultados: I) a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III) a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV) a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V) a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. (BOTTINO, 2016, p. 6)

Não obstante tal diferenciação, tais institutos podem ser assim conceituados:

A colaboração/delação premiada é o mecanismo pelo qual o Estado autoriza, no jogo processual, por mecanismo de barganha (17.3.1), o estabelecimento de um mercado judicial, pelo qual o colaborador, assistido por advogado, negocia com o Delegado de Polícia e/ou Ministério Público, informações capazes de autoincriminar o agente e carrear elementos probatórios contra terceiros. [...] Para que os acordos/coalizões aconteçam deve-se vislumbrar ganhos dele decorrentes. O indivíduo maximizador de ganhos é a base do modo como atuamos (2.2). As recompensas potencialmente maiores (12.1.), em um juízo *a priori*, servem de estímulo à conduta (MORAIS DA ROSA, 2017, p. 527)

Vale frisar que o instituto da colaboração premiada trouxe ao Processo Penal vigente toda uma lógica mercadológica, algo similar ao que ocorre no *Common Law* marcado pelo uso do *plea bargaining*. Assim, as categorias aqui entendidas do Sistema Processual Brasileiro são alteradas de forma substancial.

Nesse sentido, afirma Moraes da Rosa (2017, p. 515):

Tentar encaixar a barganha nas categorias clássicas do processo penal brasileiro é o erro lógico de abordagem. Precisamos de novos pressupostos para a compreensão, especialmente no tocante à distinção entre direitos fundamentais e privilégios (9.2), já que a disponibilidade da ação penal e do direito (e não dever) ao processo serão pressupostos ao estabelecimento do mercado da barganha. [...]

À vista disso, para o autor, o modelo anterior de processo, onde para formação da culpa se exigia a decisão judicial transitada em julgado, é redesenhado sob uma lógica na qual o direito ao processo se torna disponível ao acusado, sendo, portanto, negociável mediante as informações que este detém. (MORAIS DA ROSA, 2017, p. 516)

Portanto, valendo-se da disponibilidade de seu direito à submissão ao processo e seguindo a lógica economicista agora marcante no processo penal, cabe ao acusado avaliar as vantagens e desvantagens decorrentes da realização de eventual acordo de colaboração:

A escolha consciente e voluntária pela colaboração premiada pressupõe um cálculo de custo-benefício, evidenciando o caráter utilitário da medida. O criminoso avaliará o benefício esperado (vantagens que receberá pela cooperação) e o custo esperado (aí considerados, de um lado, o risco em não cooperar, ou, de outro lado, os efeitos do descumprimento do acordo). (BOTTINO, 2016, p. 10)

E segue o autor:

O custo esperado, no caso do sujeito que opta pela cooperação, está (1) na perda de seu direito de não se autoincriminar, fornecendo meios de investigação e, às vezes, provas, que permitirão à parte acusatória provar a materialidade do crime e sua autoria em juízo; e, (2) na incerteza associada à possível não homologação do termo de colaboração ou a uma decisão posterior que despreze ou minimize os efeitos da colaboração. Ora, os benefícios excedem em muito os custos. Por essa razão, a colaboração premiada exige um nível de cooperação maior do acusado, qual seja, a identificação de outros membros da organização criminosa bem como a indicação dos meios pelos quais se poderá provar a prática do crime por essas outras pessoas e ainda a revelação de outros crimes praticados por essa organização que ainda não sejam de conhecimento da parte acusatória. (BOTTINO, 2016, p. 10)

Para além do acusado, os acordos de colaboração muito interessam aos agentes públicos diante das recompensas destes advindas, tais como, consoante Moraes da Rosa (2017, p. 516), “a diminuição da carga de trabalho dos jogadores/julgadores públicos, além da justificativa de redução dos custos de produção, e da possível emoção propiciada pelo jogo”

Desse modo, assim como o *plea bargaining* norte americano, os custos inerentes ao processo penal tradicional fazem com que o instituto da colaboração premiada seja utilizado amplamente, mormente no que concerne à operação Lava Jato:

Nesse sentido:

Conseguir prova suficiente para a condenação de investigado/acusado por uma sentença motivada de juiz singular ou pelo tribunal do Júri demanda recursos materiais, financeiros, cognitivos, probatórios, dentre outros, mas submetidos ao regime de escassez e de rivalidade, justamente porque dispondo de recursos limitados

(escassos - 3.5). Tomar a decisão de perseguir, processar, defender, pressupõe a alocação de parte dos recursos do jogador para essa finalidade, rivalizando com outros casos. [...] deve haver uma combinação de interesses entre compradores e vendedores, tendo-se em vista a disponibilidade negocial de direitos devidamente atribuídos. (MORAIS DA ROSA, 2017, p. 529-530)

Ademais, no que tange à valoração probatória do que é produzido por meio da colaboração, houve intenso trabalho doutrinário e jurisprudencial, conforme explicita Bottino (2016, p. 6):

Assim como ocorreu com a confissão, tanto a doutrina como a jurisprudência trataram de pacificar as principais controvérsias acerca da delação premiada. A primeira questão dizia respeito à sua eficiência como meio de investigação, com um grau de exigência superior ao da simples confissão. Em outras palavras, não basta, para que o acusado receba o benefício, que apenas preste depoimentos acusando outros coautores. É necessário que, a partir dessa cooperação, sejam identificadas provas que embasem a decisão judicial, como demonstra o exame da jurisprudência do STF. A segunda questão dizia respeito ao valor probatório das declarações do delator. Quando do julgamento da Ação Penal 470, o STF entendeu que as palavras do delator não constituem elemento de prova e que delatores não podem ser considerados testemunhas compromissadas com a verdade, mas simples informantes.

Vale frisar que a própria Lei nº 12.850/13 disciplina a questão, impondo que a colaboração/delação, por si só, não constitui prova suficiente para fundamentar a condenação:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

[...]

§ 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador. (BRASIL, 2013)

À vista disso, as colaborações devem ser apenas o ponto de partida das investigações, devendo ser corroboradas com provas diversas. Nesse sentido, afirma Lima (2017):

As colaborações são o início de uma investigação e não o seu fim. A palavra do colaborador deve ser confrontada com o máximo de provas que ele puder produzir ou indicar como alcançar. Caso isso exista, e ele revele muitos fatos até então desconhecidos, a colaboração atende aos requisitos de lei e pode ser celebrada. Além disso, a prática dos acordos obedece a princípios que os tornam muito seguros para a administração da Justiça, pois os benefícios não são dados no momento da assinatura, mas ficam suspensos durante anos, durante os quais o colaborador fica obrigado a condições rígidas e a não voltar a delinquir. Somente ao final desse período é que o colaborador alcança os benefícios totais.

Ocorre que, muito embora a vedação legal quanto à utilização das colaborações como provas exclusivas, em determinados acordos realizados no âmbito da Lava Jato, foram utilizadas as delações cruzadas, que podem ser assim explicitadas:

É o que se denomina *mutual corroboration* ou corroboração cruzada. Ou seja, o conteúdo da delação do corréu A, imputando um fato criminoso ao corréu B, ser

corroborado por outra delação, do corréu C, que igualmente atribua o mesmo fato criminoso a B. (BADARÓ, 2017)

Dessa forma, colaborações diversas corroboram-se, com vistas a facilitar a fundamentação da eventual condenação.

No entanto, consoante o que explicita Badaró (2017), se a própria lei estabelece certo grau de inferioridade à colaboração, diante da necessidade de ser corroborada, não pode ser admitido que sua corroboração seja dada através de prova que possui igual valor probatório.

Ademais, evidencia o autor os eventuais riscos do uso das delações cruzadas:

Sendo uma hipótese de grande chance de erro judiciário, a gestão do risco deve ser orientada em prol da liberdade. Neste, como em outros casos, deve se optar por absolver um delatado culpado, se contra ele só existia uma delação cruzada, a correr o risco de condenar um delatado inocente, embora contra ele existissem delações cruzadas. (BADARÓ, 2017)

Prosseguindo, como já mencionado, as colaborações premiadas vêm sendo utilizadas em larga escala nas persecuções penais decorrentes da Operação Lava Jato, notadamente pelas vantagens que tal instituto proporciona às investigações.

Dentre os diversos acordos de colaboração já realizados no âmbito da Lava Jato, cumpre destacar os primeiros, quais sejam, o do ex-diretor de abastecimento da Petrobras Paulo Roberto Costa e do doleiro Alberto Youssef. A razão de tal destaque na presente pesquisa funda-se, precipuamente, nas consequências que tais acordos tiveram para os colaboradores.

Dessa forma, o acordo de Paulo Roberto Costa pode ser assim descrito:

Em 27 de agosto de 2014 foi firmado o primeiro acordo de colaboração premiada da Lava Jato[...] Os delitos relatados envolviam três governadores, dez senadores e quatorze deputados federais. Paulo Roberto Costa revelou que a Petrobras havia sido loteada em suas principais diretorias pelos três principais partidos no poder: PP, PT e PMDB. Relatou também a existência de um cartel das maiores empreiteiras do país, que sistematicamente fraudavam licitações da Petrobras, fosse mediante ajuste entre elas, fosse mediante pagamento de propina aos diretores da estatal e aos políticos que apadrinhavam e mantinham estes gestores nos respectivos cargos. (CHEMIM, 2017, p. 100)

O segundo colaborador foi, como já mencionado, o doleiro Alberto Youssef, apresentando, consoante Chemim (2017, p. 103), “58 novos fatos que mereceram ser apurados. Foi um verdadeiro efeito dominó: a cada novo acordo, novos envolvidos, novos fatos e novas provas”.

Acerca de tais acordos, o professor Thiago Bottino enumerou as cláusulas que exacerbaram os limites legais conferidos pela Lei de Organizações Criminosas, podendo ser mencionadas, no que tange à colaboração premiada de Paulo Roberto Costa, as seguintes cláusulas:

1. A substituição da prisão cautelar pela prisão domiciliar com uso de tornozeleira eletrônica (Cláusula 5.a, I, a e Cláusula 5.a, § 1.o); 2. A limitação do tempo de prisão cautelar comum (prisão preventiva), independentemente da efetividade da colaboração, em 30 (trinta) dias, contados da celebração do acordo (Cláusula 5.a, § 6.o); 3. Fixação do tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade, independente das penas cominadas em sentença, em 2 (dois) anos, a ser cumprida em regime semiaberto (Cláusula 5.a, I, b); 4. Cumprimento do restante da pena, qualquer que seja seu montante, em regime aberto (Cláusula 5.a, I, c). (BOTTINO, 2016, p. 8)

Cabe frisar que o acordo realizado por Alberto Youssef, para além da disposição acerca de regimes de pena, possibilitou ao colaborador a disponibilização de bens obtidos através de práticas ilícitas, como afirma Bottino (2016, p. 8):

1. Fixação do tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade, independente das penas cominadas em sentença, em no mínimo 3 (três) e no máximo 5 (cinco) anos, a ser cumprida em regime fechado, com progressão automática para o regime aberto, mesmo que não estejam presentes os requisitos legais (Cláusula 5.a, III e V); 2. A permissão de utilização, pelas filhas do colaborador, de bens que são, declaradamente, produto de crime, durante o tempo em que ele estiver preso em regime fechado (Cláusula 7.a, h e i e § 3.o); 3. A liberação de quatro imóveis e um terreno, que seriam destinados ao juízo a título de multa compensatória, 34 caso os valores recuperados com o auxílio do colaborador superem em 50 vezes o valor dos imóveis (Cláusula 7.a, § 4.o); 4. A liberação de um imóvel em favor da ex-mulher do colaborador e de outro imóvel em favor das filhas do colaborador, sem que esteja claro se tais imóveis são oriundos de crime ou não (Cláusula 7.a, §§ 5.o e 6.o).

Destarte, analisando tais acordos, Bottino (2016, p. 8) chega na seguinte conclusão:

[...] as hipóteses da lei são taxativas, não exemplificativas. São fruto de uma ponderação do legislador sobre quais benefícios deveriam ser concedidos para estimular o criminoso a cooperar, e quais não deveriam ser concedidos. Negociações sobre substituição de prisão cautelar por prisão domiciliar com tornozeleira, invenção de regimes de cumprimento de pena que não existem, vinculação de manifestação do MPF em processos que não são da atribuição daqueles membros que assinam o acordo, permissão para uso de bens de origem criminosa e a liberação de bens que podem ser produto de crime constituem medidas claramente ilegais e que aumentam enormemente os riscos de que tais colaborações contenham elementos falsos (ou parcialmente verdadeiros). O risco na celebração de acordos com tais previsões não é moral, mas sim de eficiência do instituto da colaboração premiada, na medida em que aumentam de forma exponencial os benefícios aos colaboradores prejudicando o equilíbrio de custo e benefício estabelecido pelo legislador.

Verifica-se, na verdade, que o oferecimento de acordos tão benéficos e notadamente ilegais aos colaboradores tem como razão precípua a lógica mercadológica que orienta esse novel instituto.

A razão para essa afirmação decorre da seguinte constatação: Diante da quantidade e qualidade de informações que possuíam e por serem os primeiros a colaborar (novidade da informação), tais colaboradores detinham enorme poder de barganha e, dessa forma, o Ministério Público Federal, ávido por essas valiosas informações, ofertou tais acordos,

“inventando” cláusulas visivelmente ilegais que foram, de forma surpreendente, posteriormente validadas pelo magistrado quando da sua homologação.

Ademais, há parcela da doutrina que entende as colaborações premiadas não fazem parte da estrutura processual penal pátria, sendo claramente inconstitucionais, por violarem princípios fundamentais do processo penal estudados no segundo capítulo.

Esse é o raciocínio, por exemplo, do célebre professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

O instituto, originário do *common law* dos EUA, não cabe racionalmente na estrutura, na teoria e na lógica inquisitorial de um sistema processual penal como o brasileiro, sendo que a sua prática ofende 1º) o devido processo legal, 2º) a inderrogabilidade da jurisdição, 3º) a moralidade pública, 4º) a ampla defesa e o contraditório, e 5º) a proibição às provas ilícitas. (COUTINHO, 2017)

Para o autor, na verdade, é necessária uma limitação do que atualmente vem sendo feito no âmbito das colaborações:

As “novas tecnologias” de obtenção da prova — dentre elas a delação premiada — têm oferecido a oportunidade que alguns precisavam para tentar “destruir os direitos e garantias individuais”, em verdade nunca aceitos por aqueles que se pensam acima das limitações legais. Justo por isso é imprescindível que o legislador delimite as regras que devem balizar a aplicação do instituto, sempre em concordância estrita com a CR e as leis, não deixando nenhum espaço, se possível, para arbitrariedades. (COUTINHO, 2017)

Lopes Jr e Morais da Rosa (2015), da mesma forma, enxergam que as colaborações premiadas, do modo como são realizadas, violam princípios básicos do Sistema Processual Penal, tais como a jurisdição:

[...] *negotiation* viola desde logo o pressuposto fundamental da jurisdição, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade. Isso significa uma inequívoca incursão do Ministério Público em uma área que deveria ser dominada pelo tribunal, que erroneamente limita-se a homologar o resultado do acordo entre o acusado e o promotor. Não sem razão, afirma-se que o promotor é o juiz às portas do tribunal.

Além dos problemas já elencados, em determinados acordos de colaboração/delação ocorreram graves afrontas às garantias fundamentais decorrentes de vedações ao acesso dos advogados das partes ao conteúdo de tais acordos:

Outro dispositivo problemático, que consta de quase todos os termos de delação, determina que a defesa não terá acesso às transcrições dos depoimentos do colaborador, que ficarão restritas ao MP e ao juiz. Ou seja: os advogados do delator não têm acesso às próprias declarações de seu cliente. A justificativa dos procuradores para essa restrição é a manutenção do sigilo, como forma a não prejudicar outras investigações. Porém, a “boa intenção” do MP afronta os princípios do contraditório e da ampla defesa, que são assegurados a todos os acusados e litigantes (artigo 5º, LV). (RODAS, 2015)

Vale frisar que as violações às garantias fundamentais perpetradas por meio dos acordos de colaboração não se esgotam ao que foi por ora descrito. São inúmeras violações que vêm ocorrendo, fugindo, inclusive, do alcance da presente pesquisa.

Feita essa ressalva, cumpre salientar que a lógica negocial adotada pelo sistema de colaborações deve possuir claros limites, seguindo os preceitos constitucionais. Transformar o órgão acusador em legislador, delegando ao magistrado a mera função de homologador, além de conferir aqueles poderes para confeccionar acordos com cláusulas que escapam dos limites constitucionais, na medida do seu interesse, constitui grave afronta ao ordenamento jurídico pátrio.

Assim, diante das profundas alterações trazidas pelos institutos que advém do sistema *Common Law*, alguns professores vêm se debruçando em sua análise. Dentre eles, cumpre destacar o professor José Eduardo Faria que, em entrevista concedida ao Jornal O Estado de São Paulo, falou sobre o tema.

Quando questionado sobre as razões pelas quais os diálogos entre Direito e Economia na seara penal não haviam sido explorados na academia brasileira, assim respondeu:

[...] não houve uma renovação do pensamento penal brasileiro nas universidades, que ficaram encasteladas e presas a doutrinas superadas, com um viés que nós podemos chamar de romano-germânico – bastante litúrgico, cheio de entraves burocráticos, cheio de sistemas de prazos e recursos que permitiam aos advogados discutir não grandes questões factuais mas sim teses, pleitear vícios, aguardar que tais pleitos fossem julgados lentamente e, assim, obter a prescrição dos crimes dos seus clientes. (FARIA, 2018)

Por conta desse cenário de negação do sistema romano germânico tradicional, Faria (2018) afirma que os operadores jurídicos, mormente aqueles que atuam na primeira instância da Justiça Federal e do MPF, buscaram especializações em países com tradições no Sistema *Common Law*. Como consequência disso, os próprios acusados começaram a adotar novas estratégias defensivas:

Uma coisa que tenho percebido é que houve por parte das grandes empresas, em um primeiro momento, a preferência pelos advogados da velha tradição. Posteriormente, quando essas empresas se deram conta de que estratégia de defesa era ruim – pois girava em torno do garantismo –, perceberam que, pela nova legislação e pelo novo entendimento do direito penal (com destaque para a delação premiada e para os acordos de leniência), o custo financeiro das condenações seria muito alto. Muitas das grandes empreiteiras envolvidas na Lava Jato trocaram seus advogados. Há um momento em que vários advogados na faixa de 40, 45 anos de idade passam a atuar nos acordos de delação premiada das empreiteiras. Na avaliação delas, o impacto financeiro foi menor quando elas assumiram as culpas e assinaram os acordos de delação premiada do que se tivessem insistido na estratégia do garantismo, com altos

gastos de defesa aos quais se somariam prováveis pesadas condenações. (FARIA, 2018)

Ademais, quando questionado acerca das alegações de inexistência de provas no midiaticamente explorado processo do ex-presidente Lula, assim respondeu:

Quando alguém diz que não há provas, quer isto dizer que não haveria provas do ponto de vista de uma leitura germano-românica do direito penal econômico. O que se procurou mostrar, tanto no caso do juiz Sérgio Moro quanto no caso dos desembargadores da 8ª turma do TRF-4, é que, independente da inexistência de um título de propriedade ou do chamado “ato de ofício”, o que se tem é o desmonte de uma cadeia de documentos que identificam o crime e que justificam a condenação. Ou seja, é uma mudança no conceito de prova, uma mudança no conceito de processo e uma mudança no conceito do próprio delito. No Brasil, isso é novo. Mas não, frise-se, a arquitetura jurídica que essa novidade expressa: a mudança no paradigma do direito penal econômico já tem aproximadamente 30 anos. O que é novo, repito, é a ascensão desse modelo no Brasil. (FARIA, 2018)

Diante do exposto, percebe-se que o professor José Eduardo Faria defende uma nova concepção de Processo Penal, que deve se aproximar do sistema jurídico anglo-saxônico e, em decorrência disso, realizar uma efetiva intersecção entre Direito Penal e Economia.

Cumprе salientar que o professor Lênio Streck, ávido defensor de um processo penal efetivamente garantista, escreveu artigo criticando os posicionamentos adotados por Faria, principalmente no que concerne a esse novo modelo de provas que vem sendo utilizado:

Parece que que prova não é (mais) a prova provada/demonstrada. Prova é aquilo que a superação do “sistema romano-germânico”, via *commonismo* e um processo penal 3.0 (ou 4.0 ou alguma velocidade desse quilate), diz que é. Assim, se alguém diz “não há provas”, a resposta do direito 3.0 será “não há provas vírgula, porque, do ponto de vista do direito penal econômico *anglo-saxonizado*, elas existem. Basta querer vê-las”. Resumindo: prova é teleologia. É a volta do inquisitivismo, algo do tipo “sei o resultado e depois busco a prova”. E se tiver um atalho ainda mais curto, como a delação premiada, facilitam-se as coisas. Para quem? Os fins justificam os meios. Prova não é mais algo que tem de ser demonstrado. Prova é algo “útil” (eficiente) ao establishment jurídico para satisfazer seu plano de poder. Simples assim. (STRECK, 2018)

Ainda, em resposta ao posicionamento de Faria sobre os supostos entraves à efetivação da justiça decorrentes do garantismo romano germânico, salienta Streck (2018) que, na verdade, a implementação das garantias postas jamais atingiu efetivamente as camadas mais pobres da sociedade, onde réus são condenados sob o absurdo regime de inversão do ônus da prova, da produção probatória de ofício, bem como através da relativização de nulidades processuais.

Por fim, o autor ressalta que sequer o Sistema *Common Law* é destituído de diversas garantias:

O professor Faria idealiza, para caber no seu argumento, um processo penal que desconsidera a própria história institucional do *common law* norte-americano, que não

prescinde jamais de uma Constituição escrita e de uma forte legislação federal em matéria processual. Aliás, é de lá, da tradição do *common law*, que vem a expressão *due process of law*, compreendida como um sistema de garantias! (STRECK, 2018)

O posicionamento do professor José Eduardo Faria, na verdade, apenas reflete o que se tornou o novo Sistema Processual Penal pátrio, importando, de forma distorcida, institutos de modelos jurídicos estranhos ao nosso.

Sob a necessidade de se punir aqueles considerados os responsáveis pelo largo esquema de corrupção, agentes estatais utilizam-se, de forma irrestrita, de prisões preventivas para forçar colaborações, visando, da mesma forma que no modelo inquisitório puro, à confissão dos acusados. Assim, não obstante a necessidade de o acusado corroborar suas palavras com outros meios de prova, a lógica de mercado que domina o atual contexto do processo penal transforma a confissão em rainha das provas.

Ocorre que, diferente da Inquisição Católica, onde os inquisidores torturavam aqueles considerados hereges visando à confissão de seus pecados, tendo como recompensa a purificação de suas almas, os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público buscam na Lava Jato objetivos diferentes, quais sejam, a diminuição da carga de trabalho por conta da facilitação trazida pelas informações dos delatores; uma suposta purificação do sistema político brasileiro; e, por fim, o apoio de grande parte da opinião pública que, alimentada pela forte cobertura midiática, transforma os agentes que atuam na Lava Jato em heróis nacionais.

Portanto, em razão do utilitarismo decorrente dessa lógica de mercado que tudo permite, contanto que traga os resultados esperados (“combate à corrupção”), as colaborações premiadas são realizadas sem claras limitações legais, enxergando as garantias fundamentais previstas na Constituição como verdadeiros empecilhos à efetivação de seus objetivos, implementando-se, assim, um ideal maniqueísta de luta do bem contra o mal típico de estados autoritários, norteados pelo já mencionado direito penal do inimigo.

Dessa forma, as colaborações/delações, do modo como vêm sendo aplicadas, distorcem completamente o modelo acusatório garantista adotado pela Constituição, que ainda parece estar distante de ser efetivamente implementado no Processo Penal brasileiro.

Ressalta-se que, muito embora o que foi aqui explicitado, é inegável que a colaboração premiada continuará a ser utilizada no contexto do processo penal pátrio. No entanto, torna-se necessário que o instituto sofra profundas alterações, devendo ser respaldada sob claros limites legais com vistas a adequar-se ao devido processo legal previsto em nossa Constituição, tanto

para não se conceder benefícios que distorcem a função penalizadora do instituto, vide os acordos de Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef, quanto para garantir os direitos fundamentais dos acusados que, em muitos casos, são relativizados sob a obscura necessidade punitiva que permeia a Operação Lava Jato, adequando-se, dessa forma, à realidade constitucional brasileira.

4.2 O PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 156/2009 (PROJETO DE LEI Nº 8.045/10 NA CÂMARA)

Neste derradeiro tópico será feita a análise do Projeto de Lei que visa à edição do novo Código de Processo Penal, qual seja, o Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, que atualmente se encontra em trâmite na Câmara dos Deputados através do Projeto de Lei nº 8.045, de 2010.

Antes de se adentrar propriamente à análise do tema, cumpre ressaltar que o PLS em questão permaneceu silente no que tange ao disciplinamento da colaboração premiada.

Há duas possíveis razões para ausência de previsão expressa do instituto no Projeto. A primeira funda-se na ideia de que à época em que o anteprojeto foi elaborado, o instituto da colaboração/delação não era tão utilizado, de modo diverso ao que ocorre atualmente e, portanto, não era necessário disciplinar o instituto. A segunda razão, por outro lado, é estabelecida na possível incompatibilidade do instituto da delação com o modelo acusatório adotado por este projeto.

Não obstante tais ressalvas, reitera-se a necessidade de impor melhores limites à delação premiada, de modo a adequá-la aos preceitos constitucionalmente estabelecidos.

Feita essa rápida explanação, importa ressaltar que o estudo deste Projeto de Lei se dá, precipuamente, em razão das alterações trazidas, com vistas a instituir um modelo efetivamente acusatório, perpassando, necessariamente, por substanciais mudanças na gestão probatória.

O Projeto de Lei que tem o condão de editar um novo Código de Processo Penal buscou expressar já no Livro I, em seu Título I, que a legislação em questão será regida pelos princípios fundamentais presentes na Constituição da República, nos moldes do seu art. 1º, assim descrito:

Art. 1º O processo penal reger-se-á, em todo o território nacional, por este Código, bem como pelos princípios fundamentais constitucionais e pelas normas previstas em tratados e convenções internacionais dos quais seja parte a República Federativa do Brasil. (BRASIL, 2009)

As razões para a previsão expressa dos princípios regentes do novo CPP constam na Exposição de Motivos elaborada pela Comissão de Juristas responsável pelo anteprojeto do novo CPP, cujo relator foi o célebre professor Eugênio Pacelli, quando assim explicitam:

Na linha, então, das determinações constitucionais pertinentes, o anteprojeto deixa antever, já à saída, as suas opções estruturais, declinadas como seus princípios fundamentais. A relevância da abertura do texto pela enumeração dos princípios fundamentais do Código não pode ser subestimada. Não só por questões associadas à ideia de sistematização do processo penal, mas, sobretudo, pela especificação dos balizamentos teóricos escolhidos, inteiramente incorporados nas tematizações levadas a cabo na Constituição da República de 1988. (BRASIL, 2009, p. 16)

Dentre os princípios fundamentais que regem o novo Código, cumpre destacar alguns, tais como, o contraditório e ampla defesa, conforme dispõe o Art. 3º: “Todo processo penal realizar-se-á sob o contraditório e a ampla defesa, garantida a efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais”. (BRASIL, 2009)

Assim, visa o novo Código implementar de forma substancial o efetivo contraditório em todas as fases procedimentais, de modo a garantir a paridade de armas entre acusação e defesa, nos moldes estabelecidos pela Constituição Federal.

Além desse artigo, cumpre destacar outros dois dispositivos que cumprem o papel de expressar na norma processual a implementação da sistemática constitucional, quais sejam, os arts. 5º e 6º, assim transcritos:

Art. 5º A interpretação das leis processuais penais orientar-se-á pela proibição de excesso, privilegiando a dignidade da pessoa humana e a máxima proteção dos direitos fundamentais, considerada, ainda, a efetividade da tutela penal. (BRASIL, 2009)

[...]

Art. 6º A lei processual penal admitirá a analogia e a interpretação extensiva, vedada, porém, a ampliação do sentido de normas restritivas de direitos e garantias fundamentais. (BRASIL, 2009)

A importância destes dispositivos encontra-se, fundamentalmente, em tornar efetiva a principal função do processo, qual seja, estabelecer a proteção aos direitos fundamentais do acusado previstos na Carta Constitucional. Para isso, veda-se o excesso e a ampliação analógica de normas que visam restringir tais direitos:

[...] há outros dois artigos que acabam por mudar o eixo de aplicação do Código de Processo Penal e que limitam aqueles que ainda não entenderam a sistemática apresentada pela Constituição de 1988: trata-se dos artigos 5º e 6º do CPP. No artigo 5º, têm-se os critérios que deverão ser utilizados para a interpretação da lei processual penal: proibição de excesso, máxima proteção dos direitos fundamentais e efetividade da tutela penal. Já no artigo 6º é admitida a analogia e a interpretação extensiva, sendo vedada, contudo, a ampliação do sentido de normas restritivas de direitos e garantias fundamentais. É dizer: efetiva-se a máxima de que as normas restritivas de direitos fundamentais devem ter interpretação restritiva. (DEZEM, 2010, p. 13)

A implementação dos princípios fundamentais que, em consonância com a Constituição, norteiam o novo Código também foi vista de forma positiva pela Associação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios que, ao analisar o referido Projeto, assim dispôs:

Com efeito, apesar de mais de 20 anos de vigência da Constituição Federal, ainda não superamos a “fase de transição” de um modelo inquisitivo para um modelo acusatório de persecução penal. Portanto, faz-se necessário imprimir maior racionalidade e cientificidade ao discurso e, nesse sentido, a apresentação do Código de Processo Penal, por meio de um catálogo de princípios que devem informar a persecução penal do Estado, é, *a priori*, bastante salutar e se amolda à necessidade de reafirmar os direitos fundamentais já previstos na Constituição Federal. (ASSOCIAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2009, p. 5)

Ademais, para além dos dispositivos acima mencionados, dentre os princípios regentes, optaram os juristas integrantes da comissão de elaboração do anteprojeto do novo Código por uma relevante mudança nos rumos do Sistema Processual Penal brasileiro constante na adoção expressa de um modelo acusatório, conforme dispõe o art. 4º:

Art. 4º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (BRASIL, 2009)

Assim, extirpa-se do Sistema Processual Penal a atuação *ex officio* na fase pré-processual constante no art. 156, inc. I, do CPP vigente, algo que foi, como já visto, muito criticado por expressiva parcela doutrinária, bem como impede-se que o magistrado atue de forma substitutiva à atividade probatória da acusação.

Tal norma, ao dispor sobre a estrutura acusatória do processo, explicitando a necessidade de vedação acerca da atuação probatória do magistrado, corrobora, em grande parte, com o raciocínio aqui explicitado acerca dos modelos processuais e seus princípios regentes, definidos, como foi exposto, pelo modo como ocorre a gestão probatória dentro do processo.

Nesse sentido, Coutinho (2009, p. 112) afirma que, caso aprovado o Projeto, o modelo processual penal, muito embora ainda dotado de alguns elementos - em menor escala - inquisitórios, terá como princípio regente, diversamente do CPP atual, o princípio acusatório, proporcionando, em decorrência disso, uma maior aproximação à democracia processual.

Assim, em consonância com o art. 4º, o art. 165 do mesmo PLS 156/09 (PL nº 8.045/10), situado no Título VIII, referente às provas, disciplina que a propositura das provas cabe às partes, facultando ao juiz, contudo, a determinação de diligências acerca da prova produzida:

Art. 165. As provas serão propostas pelas partes.
Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes. (BRASIL, 2010)

O professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, ainda, faz breve análise acerca dessa nova forma de atuação do magistrado no projeto de CPP proposto:

Basta ver que se as partes propõem meios de provas para esclarecer o juiz, é evidente que tal esclarecimento deve ser feito por ele se elas não conseguem se desincumbir de sua função. Assim, se alguém arrola uma testemunha - como já deveria ser hoje - ele, o juiz, espera que as partes façam as suas perguntas a fim do esclarecimento pretendido. Se isso não vier, por que ele não poderia perguntar também, depois? Eis porque se não deve confundir as coisas. Um sistema assim é, sem dúvida, mais democrático, com cada parte no seu lugar, o que permite, antes de tudo, que o juiz possa manter uma maior equidistância das partes e seus pedidos. O juiz, desde este lugar, assume seu mister constitucional e, assim, passa a ser o garante-mor da Constituição e, por conseguinte, dos direitos e garantias individuais. (COUTINHO, 2010, p. 17)

De igual forma, cabe frisar que na Exposição de Motivos elaborada pela Comissão de Juristas responsável pelo anteprojeto, resta explicitada a importância da vedação da atuação de ofício do magistrado, mormente na fase de investigação, com vistas a proteger a imparcialidade do julgador:

Com efeito, a explicitação do princípio acusatório não seria suficiente sem o esclarecimento de seus contornos mínimos, e, mais que isso, de sua pertinência e adequação às peculiaridades da realidade nacional. A vedação de atividade instrutória ao juiz na fase de investigação não tem e nem poderia ter o propósito de suposta redução das funções jurisdicionais. Na verdade, é precisamente o inverso. A função jurisdicional é uma das mais relevantes no âmbito do Poder Público. A decisão judicial, qualquer que seja o seu objeto, sempre terá uma dimensão transindividual, a se fazer sentir e repercutir além das fronteiras dos litigantes. Daí a importância de se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes. Em processo penal, a questão é ainda mais problemática, na medida em que a identificação com a vítima e com seu infortúnio, particularmente quando fundada em experiência pessoal equivalente, parece definitivamente ao alcance de todos, incluindo o magistrado. A formação do juízo acusatório, a busca de seus elementos de convicção, o esclarecimento e a investigação, enfim, da materialidade e da autoria do crime a ser objeto de persecução penal, nada tem que ver com a atividade típica da função jurisdicional. (BRASIL, 2009, p. 16-17)

Portanto, o novo Código visa limitar, por força destes dois dispositivos, a atuação probatória do magistrado, delegando a este a atuação de ofício somente ao final da instrução probatória. Acerca disso, afirma Dezem (2010, p. 13):

Vale dizer, a atividade probatória de ofício do magistrado é limitada, em busca de verdadeiro processo de partes, somente podendo o juiz atuar de ofício ao final do processo e, mesmo assim, jamais podendo atuar em substituição ao órgão de acusação. É de se lembrar que, no atual sistema, o magistrado pode produzir prova de ofício antes de iniciada a ação penal e no curso da instrução (art. 156, incisos I e II), de forma que há sensível redução dos poderes instrutórios do juiz no novo Código.

Da mesma forma, Zilli (2010, p. 19) explicita que o Projeto agiu de forma correta ao conceder certos poderes instrutórios ao magistrado na fase processual:

Passando à fase judicial, o Projeto, acertadamente, mantém o poder instrutório do juiz. Nesse aspecto, não se deixou levar por discursos utópicos, preferindo, assim, o caminho das modernas tendências do processo penal. Às partes, como não poderia ser diferente, cabe a iniciativa da propositura probatória. Afinal, são elas que se projetam em um movimento dialético de ação e de reação. Ao juiz, resta a faculdade de promover iniciativa probatória complementar, vale dizer, somente após o esgotamento da produção probatória a cargo das partes. Mas não é só. A iniciativa há que vir

informada, exclusivamente, pela necessidade de esclarecer algum ponto que se mostre relevante para o julgamento. Logo, não poderá ele suprimir deficiência do órgão acusador na busca desenfreada por provas que venham a sustentar uma tese que a instrução já mostrou fragilizada. Para tanto, a determinação - como toda e qualquer decisão judicial - haverá de ser suficientemente motivada para que as partes possam, então, exercer o natural controle.

Inobstante os notórios avanços em direção a um modelo que seja efetivamente acusatório, as mudanças trazidas pelo aludido Projeto, no que concerne à gestão probatória, não são isentas de críticas.

É o caso, por exemplo, do estudo desse Projeto realizado pelo Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça, quando da análise acerca do art. 4º:

[...] há a proibição de o juiz determinar a produção, *ex officio*, de provas que sejam favoráveis à acusação, mas liberando-o para produzir prova de ofício somente a favor da defesa. Esse modelo de juiz conflita com o sistema proposto pelo projeto – qual seja, o sistema acusatório –, visto que tal perfil de magistrado jamais existiu ao longo de sua história. Ao contrário, esse modelo de juiz, denominado juiz-defensor, somente se fez presente no sistema inquisitivo, em especial na Inquisição Espanhola, que autorizava o juiz a produzir prova de ofício unicamente se fosse para beneficiar o réu. Em síntese, a proposição contida na parte final do artigo 4º do projeto trata de um juiz tendencioso e parcial a favor da defesa. Ou, então, como assistente do acusado – como o definem os próprios autores que defendem sua criação –, e que vê o acusador como um inimigo a ser superado. (CONSELHO NACIONAL DOS PROCURADORES GERAIS DE JUSTIÇA, 2011, p. 14)

Assim, o referido Conselho sugere uma nova redação ao art. 4º, de modo a suprimir a segunda parte desta norma, nos seguintes termos: “Art. 4º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase da investigação”. (CONSELHO NACIONAL DOS PROCURADORES GERAIS DE JUSTIÇA, 2011, p. 14).

Em que pese a sugestão conferida pelo Conselho, essa aparenta ser menos eficaz no sentido de proteção das garantias individuais, ao quedar silente quanto à vedação da atuação probatória *ex officio* na fase processual, incidindo, pois, no mesmo equívoco perpetrado no art. 156, inc. II do atual Código de Processo Penal, consoante o que foi explicitado no segundo capítulo desta pesquisa.

A razão para vedação à substituição da iniciativa probatória da acusação pelo magistrado dá-se em decorrência do que atualmente ocorre na sistemática processual e que já foi analisado nessa pesquisa, onde, na busca de uma suposta verdade real, o juiz sai da sua posição de equidistância em relação às partes, visando encontrar fundamentos probatórios de modo a confirmar o raciocínio que já foi previamente formulado por ele, geralmente ligado, vale frisar, ao pleito condenatório.

Desse modo, como possível solução a essa problemática, visando a efetivação de um processo de partes, de modo a restringir ainda mais os poderes instrutórios conferidos ao magistrado do que atualmente propõe o PLS 156/09, sugere-se a seguinte redação ao art. 4º: “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação, bem como a substituição da atuação probatória das partes”.

Com efeito, ao vedar a atuação probatória *ex officio* na fase processual, seja em favor da acusação ou da defesa, busca-se a realização de um processo guiado por magistrado efetivamente imparcial, que jamais sai do seu lugar de equidistância em relação aos interesses propostos pelas partes, visando, assim, a atuação como garantidor dos direitos fundamentais do acusado.

Em decorrência dessa nova redação, caso fosse efetivamente aplicada, far-se-ia necessário suprimir o parágrafo único do art. 165 do PLS 156/09 que, como já mencionado, faculta ao juiz a determinação de diligências *ex officio* para dirimir dúvidas acerca das provas produzidas.

De igual forma, seria necessária a retirada do parágrafo 2º do art. 317 do mesmo Projeto, quando assim dispõe:

Art. 317. Recebida a peça acusatória, o relator poderá determinar a expedição de carta de ordem para a instrução do processo, que obedecerá, no que couber, ao previsto para o procedimento ordinário.

[...]

§ 2º O relator, ou o tribunal, poderá, de ofício, determinar diligências para o esclarecimento de dúvidas sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4º. (BRASIL, 2009)

No entanto, em que pese tal sugestão, é inegável, como já mencionado, os avanços trazidos pelo PLS 156/09 no que tange ao modo como ocorre a gestão probatória nesse modelo, sendo, portanto, uma salutar solução ao Código de Processo Penal vigente, de cunho nitidamente inquisitorial.

Além da expressa opção por um modelo acusatório e das limitações aos poderes instrutórios do magistrado decorrentes dessa escolha, o novo Código trouxe importante inovação com vistas à proteção da imparcialidade do magistrado, consistente, pois, na instituição do juiz das garantias:

Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

[...] (BRASIL, 2009)

Através da criação do juiz das garantias, acaba-se com a figura do juiz prevento que atua na fase pré-processual e, mesmo em contato com o conteúdo produzido de forma unilateral nessa fase, julga posteriormente na etapa processual.

Acerca dessa importante inovação, explicita Moraes (2010, p. 22):

Necessário destacar, nesse passo, dois pontos iniciais e muito importantes para a compreensão de sua relevância e da resistência de alguns à sua aceitação. O primeiro, que ele atuará garantindo os direitos do cidadão na fase de investigação criminal, que é gênero, do qual o inquérito policial é apenas uma das espécies, pois, destaque-se, o projeto traz as possibilidades de investigação criminal a ser realizada pela defesa (art. 13) ou por outras autoridades administrativas (art. 18, § 2º), desde que regulado previamente em lei. O segundo, que o magistrado que atuou nessa função na fase de investigação estará impossibilitado de ser o juiz da causa em futura e eventual ação penal. Pela legislação projetada, sua função inicia-se com a instauração da investigação criminal e termina com o oferecimento da denúncia ou queixa pelo órgão da acusação (público ou privado).

Dessa forma, a função do juiz das garantias é salvaguardar os direitos fundamentais daquele que é submetido a uma investigação, cabendo a magistrado diverso exercer a atividade jurisdicional na fase processual.

No entanto, cabe ao juiz das garantias exercer, já nessa etapa, a sua função jurisdicional, desde que mediante provocação, jamais de ofício, por força do já mencionado artigo 4º.

Nessa linha, afirma Zilli (2010, p. 19):

Mas, é importante destacar que a proibição de envolvimento do juiz na investigação não o impede, por óbvio, de decidir, sempre que provocado, a respeito de medidas cautelares restritivas de direitos e garantias fundamentais. Realmente, o que se coíbe é a atuação investigatória e não o exercício de atividade jurisdicional que lhe cabe em qualquer das fases da persecução. E é especialmente nesse ponto que o Projeto é inovador. Com efeito, a proposta abraça uma nova dimensão da função judicial na fase preliminar, consagrando o que se denominou de “juiz das garantias”. Trata-se de uma vigorosa mensagem que reafirma o papel do juiz como guardião da legalidade e dos direitos individuais no curso da investigação, afastando-o, portanto, de uma concepção fortemente inquisitória que o focava como ator interessado no resguardo do sucesso da própria atividade investigatória.

A criação dessa nova figura providencia que o juiz competente para julgar o caso penal não tenha prévio contato com o conteúdo produzido na fase investigatória, resguardando, assim, a garantia do acusado de ser julgado por magistrado imparcial e, por consequência, a efetivação de um processo de corte acusatório.

Com efeito, a Comissão de Juristas, autora do Projeto, deu um passo decisivo na construção de um processo penal acorde com os princípios constitucionais que informam a persecução penal do Estado democrático de Direito, e com a concretização das garantias processuais, destacadamente a garantia da imparcialidade judicial, um dos corolários do princípio acusatório. (ASSOCIAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2009, p. 7)

Aliado a isso, de forma diversa do que dispõe o art. 155 do atual Código, ao permitir que o magistrado se utilize de conteúdo produzido na fase de investigação para fundamentar

sua decisão, o novo Código de Processo Penal exige que a decisão judicial, salvo exceções pontuais, seja fundamentada através das provas produzidas sob o contraditório, na fase processual:

Art. 168. O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação todos os elementos utilizados e os critérios adotados, resguardadas as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas. (BRASIL, 2009)

Desse modo, muito embora mantendo o sistema de valoração probatória do livre convencimento motivado do magistrado, nos termos da Constituição Federal, o Projeto dá um passo além: exige a fundamentação através de provas produzidas em juízo, sob a luz do contraditório e da ampla defesa, garantindo, assim, um efetivo processo de partes.

Feita essa breve explanação, cabe ressaltar que aqui não se teve a oportunidade de analisar as diversas e, em muitos aspectos, positivas inovações que são trazidas pelo novo Código, uma vez que o objetivo central desta pesquisa se concentra na gestão probatória, por ser esta o elemento fulcral que definirá qual o princípio regente de um determinado Sistema Processual Penal.

Como foi visto, o novo Código instituiu o modelo acusatório como um dos princípios fundamentais, delegando às partes, em decorrência da adoção desse modelo, o protagonismo probatório necessário à preservação da imparcialidade do magistrado que julga o caso penal e vedando, ainda, a substituição da atuação probatória do acusador.

No entanto, ainda faculta, não obstante de forma muito mais atenuada do que ocorre na sistemática processual penal vigente, a atuação *ex officio* do magistrado com vistas a dirimir eventual dúvida acerca das provas produzidas pelas partes.

Foi dada a sugestão de vedar a atuação probatória em substituição a qualquer uma das partes, tanto na fase de investigações quanto no curso do processo, por conta de eventual risco que tal substituição acarreta à preservação da imparcialidade, excluindo-se, por consequência, os dispositivos que permitem essa atuação probatória subsidiária do magistrado.

Muito embora a ressalva aqui exposta, denota-se que o Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009, em trâmite na Câmara dos Deputados sob o nome de Projeto de Lei nº 8.045 de 2010, se aprovado, ao deixar a cargo das partes, majoritariamente, a produção probatória, representaria um grande avanço rumo à instituição de um modelo efetivamente acusatório, distanciando-se, e muito, do princípio inquisitivo que ainda rege o Sistema Processual Penal vigente.

A rígida limitação dos poderes instrutórios do magistrado ensejaria, como já visto, em um maior grau de alheamento deste em relação aos interesses das partes, adotando a função

precípua de garantidor do devido processo legal e das demais garantias processuais a ele inerentes.

Possivelmente, ainda, a alteração legislativa trazida pelo PLS serviria como barreira frente às ilegalidades que vêm sendo cometidas na Lava Jato, onde magistrados e procuradores, sob o pretexto do combate à corrupção, guiados por um punitivismo desenfreado, claramente relativizam princípios constitucionais, seja por meio da utilização desmedida da mídia em desfavor dos acusados ou através da transformação de prisões preventivas e conduções coercitivas como regra, de modo a forçar colaborações, invertendo o caráter axiológico garantista adotado pela Constituição.

Ocorre que, para além da importante alteração legislativa trazida pelo Projeto ora analisado, torna-se necessária uma alteração substancial da mentalidade inquisitória que ainda permeia a rotina forense brasileira, mormente entre aqueles que, aplicando a lógica do direito penal do inimigo, relativizam garantias fundamentais dos acusados sob os mais variados pretextos, desde a persecução irrestrita de uma verdade intangível, até a busca pelo status de herói nacional por condenar, mesmo desrespeitando as garantias inerentes ao devido processo legal.

Portanto, a efetivação do modelo acusatório perpassa pela exclusão de poderes instrutórios conferidos ao magistrado, sendo o PLS nº 156/09 uma importante ferramenta para isso, uma vez que a realidade brasileira, em termos de processo penal, nos demonstrou, até o presente momento, estar distante do status democrático aspirado pela Constituição Federal de 1988.

5 CONCLUSÃO

Tendo como escopo a análise da gestão probatória no Processo Penal brasileiro, verificou-se, no decorrer da presente pesquisa, que a problemática ora retratada é caracterizada por um elevado grau de complexidade, não sendo o objetivo desta pesquisa findar a discussão mas, tão somente, analisar as diversas críticas que há muito tempo vem sendo apresentadas, contando com o auxílio, para isso, de material bibliográfico produzido por mestres que relutam em aceitar o processo penal do jeito que está posto, tão distante da realidade constitucional, com vistas a apresentar, ao final da pesquisa, possíveis soluções para esse problema.

Feita tal ressalva, verifica-se que os objetivos traçados foram alcançados e houve corroboração da hipótese inicial aventada: a delegação de poderes instrutórios ao magistrado feita pelo art. 156 do CPP impossibilita a efetivação de um modelo de estrutura acusatória, violando princípios processuais penais constitucionais da imparcialidade e da presunção de inocência.

A definição de um modelo caracterizadamente acusatório passa, necessariamente, pela atuação probatória exclusiva das partes, não bastando, para sua configuração, a separação das funções de acusar e julgar. Isto porque é justamente a gestão probatória que definirá qual o princípio que irá reger o modelo processual penal, uma vez que a tentativa de reconstrução dialética de um fato histórico é realizada através das provas.

Para tanto, o alheamento (desinteresse) aos interesses contrapostos trazidos pelas partes, elemento nevrálgico do princípio da imparcialidade, exige que o magistrado adote postura passiva, ou seja, não produza provas para corroborar hipóteses por ele previamente formuladas, uma vez que, se assim o fizer, estará psicologicamente vinculado a um dos polos do processo penal, notadamente a acusação. Por força do princípio da presunção de inocência (não culpabilidade), a insuficiência de elementos probatórios para ensejar uma condenação guiam o processo a um único resultado possível: a absolvição do acusado. Portanto, delegação de poderes instrutórios ao juiz inverte toda a lógica acusatória que se pretende adotar através do princípio do devido processo legal previsto na Constituição Federal.

Para a corroboração da hipótese básica foi necessário, inicialmente, diferenciar os modelos processuais penais acusatório e inquisitório. Constatou-se que a principal diferença entre os modelos se constitui pela postura do magistrado. No modelo acusatório, o juiz delega às partes o protagonismo probatório, adotando postura passiva. O modelo inquisitório, por outro lado, é marcado pela cumulação das funções processuais pelo magistrado, que produz as próprias provas para posteriormente julgar, sendo guiado pela busca da verdade real. No modelo misto, as características dos modelos processuais penais puros misturam-se.

Em seguida, verificou-se que o Código de Processo Penal brasileiro nasceu em meio a um período autoritário da história brasileira e, em razão disso, apesar das diversas reformas sofridas, ainda possui dispositivos com características que remetem ao modelo inquisitório.

Através da estrutura bifásica do CPP, verificou-se que o inquérito policial, etapa pré-processual, detém características inquisitoriais e é marcado pela ausência de dialeticidade. Em decorrência disso, os elementos de informação produzidos nessa etapa não podem ser definidos como prova, por força da mitigação do contraditório. Ainda, verificou-se que existe grande esforço de parte da doutrina para estabelecer um contraditório efetivo já nessa fase procedimental. Assim, concluiu-se que o magistrado deve fundamentar suas decisões somente através de provas submetidas ao efetivo contraditório.

Restou constatado que a Constituição Federal estabelece um alargado rol de direitos fundamentais decorrentes do princípio do devido processo legal na etapa processual, muitos desses também previstos, como reflexo constitucional, no Código de Processo Penal, com vistas à proteção do indivíduo em face à atuação desmedida do poder punitivo estatal.

Não obstante a expressa previsão, constatou-se que muitas dessas garantias são constantemente relativizadas sob os mais variados pretextos pelos operadores jurídicos cabendo mencionar, a título exemplificativo, a recente relativização do princípio da presunção de inocência promovida pelo Supremo Tribunal Federal, de modo a autorizar a execução antecipada da pena após a condenação em segunda instância.

Através de breve excursão acerca das diferentes “verdades” do processo penal, foi possível verificar que a busca por uma verdade real estabelece relação direta com modelos processuais autoritários, servindo para legitimar a postura ativa do magistrado, dotado de amplos poderes instrutórios para satisfazer seu ímpeto em encontrá-la. Verificou-se, ainda, que a verdade correspondente – aquela formalmente produzida no processo – defendida por Luigi Ferrajoli não é suficiente para afastar a ambição da verdade que fundamenta a delegação de poderes instrutórios ao magistrado.

Concluiu-se que uma possível solução passaria pela concepção utilizada por Khaled Jr. acerca da construção de uma verdade análoga ao real, que poderia ou não guardar correspondência com os fatos, com a finalidade de infirmar o objetivo central do processo – o estabelecimento de garantias fundamentais ao acusado, sendo a verdade algo meramente circunstancial a este.

Quando da análise da gestão probatória no âmbito do processo penal pátrio, constatou-se que as provas têm funções diversas, das quais se destaca a persuasiva. Por isso, são meios pelos quais as partes objetivam convencer o magistrado, na tentativa de reconstruir

dialeticamente um fato passado. Verificou-se, ainda, que o magistrado sopesa livremente as provas (livre convencimento motivado), sendo a ele facultada, inclusive, a possibilidade de utilização de elementos produzidos nas fases de investigação, ou seja, sem contraditório.

Ao analisar o art. 156. do CPP, elemento integrador da hipótese básica, constataram-se problemas já em seu *caput*. Apesar do dispositivo distribuir de forma igualitária o ônus probatório, concluiu-se, por força do princípio da presunção de inocência, que o ônus da prova deve recair integralmente ao acusador, compreendendo-se a inércia defensiva como mera perda de uma chance de alterar o convencimento do magistrado.

Quanto ao primeiro inciso do art. 156, concluiu-se que a atuação de ofício, mesmo na fase de investigações – quando o contraditório é mitigado – contamina o magistrado, já que desde antes do início do processo estará vinculado psicologicamente àquele indício por ele próprio produzido. O entendimento majoritário da doutrina é no sentido de vedar a atuação probatória *ex officio* nessa etapa, justamente por força de ser grave afronta ao princípio da imparcialidade.

O segundo inciso deste dispositivo, da mesma forma, fere o princípio da imparcialidade, pois o juiz que busca provas de ofício visa, antes de tudo, confirmar uma hipótese já formada em sua mente. Essa circunstância evidencia dúvida por parte do magistrado, a qual, por força do princípio da presunção de inocência, tornaria necessária a absolvição do acusado. No mais, ressaltou-se o prejuízo causado à gestão probatória decorrente da ambição desenfreada pela verdade.

No que concerne à classificação do modelo processual penal brasileiro, chegou-se à conclusão – com auxílio da teoria do professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho – que o processo penal pátrio é (*neo*)inquisitorial, apesar de possuir características acusatórias. Isso porque o princípio regente do sistema processual penal resta fundado na gestão das provas e, como visto, ainda é autorizada a atuação probatória *ex officio* no nosso modelo, consagrando-se, portanto, o princípio inquisitivo em contraposição ao princípio acusatório/dispositivo.

Por fim, enunciou-se que se vivencia a emergência de um novo paradigma processual penal em decorrência da Operação Lava Jato, em que direitos dos acusados são constantemente flexibilizados. Diante dessa realidade, discutiu-se as possíveis soluções a serem dadas à problemática da atuação probatória de ofício, com a limitação expressa dessa atuação por meio da lei, de modo a restringir o poder dos magistrados.

Após a explanação do histórico da Lava Jato e da constatação dos expressivos números por ela produzida, realizou-se breve análise acerca do *plea bargaining*, em razão da influência desse instituto nas colaborações premiadas. Verificou-se que o instituto substituiu, de forma

massiva, os processos penais no contexto estadunidense, sendo marcado por diversos problemas, tais como a busca desmedida por confissões, forçadas pela acusação através de ameaças de um eventual aumento de pena.

Constatou-se, através da teoria desenvolvida por John Langbein, que a razão dessa problemática reside no fato de o *plea bargaining* ser uma espécie equivalente à tortura inquisitorial: transforma a confissão em rainha das provas e visa obtê-la por meio da coerção. Assim o que difere tais institutos é somente a intensidade da coerção aplicada.

Ao retomar os problemas processuais relativos à Operação Lava Jato, restou concluído que diversas arbitrariedades foram perpetradas no âmbito processual, tais como o uso irrestrito de medidas do patamar das conduções coercitivas e das prisões preventivas, bem como a atuação predatória da mídia, a qual pôs em xeque até mesmo a imparcialidade de alguns dos magistrados responsáveis pelo julgamento dos indiciados pela operação.

Além disso, verificou-se a ampla utilização de delações premiadas, instituto que – muito embora já previsto no ordenamento pátrio – não era utilizado com tamanha frequência. Constatou-se que as delações premiadas alteraram de forma substancial o processo, implantando uma lógica de mercado estranha à realidade brasileira.

Concluiu-se que, diante dessa forma de atuação importada do *Common Law*, muitas garantias fundamentais são relativizadas sob o prisma utilitário, distorcendo fundamentalmente o modelo acusatório explicitado na Constituição Federal, razão pela qual o instituto da colaboração deve sofrer rígidas limitações legais, com vistas a se adequar aos princípios constitucionais.

Nesse ponto, trouxe-se à discussão o Projeto de Lei do Senado nº 156/09 – o qual objetiva instituir um novo CPP, opta de forma expressa pelo sistema acusatório – elevado à posição de diretriz fundamental do sistema que propõe – no seu art. 4º, o qual veda tanto que o magistrado atue de ofício na produção de provas na fase de investigação quanto que substitua a atividade probatória da acusação na etapa processual. No novo sistema, caberia somente às partes a apresentação de provas, ressalvada a possibilidade de o magistrado agir de forma suplementar no que se refere às provas, no caso de julgar necessário dirimir eventuais dúvidas acerca daquelas produzidas pela defesa e pela acusação.

O dispositivo aludido é criticado em função da sua parte final, uma vez que, em tese, atribuiria ao magistrado a faculdade de atuar sem ser provocado, desde que o faça em favor da defesa. Portanto, entende-se que o PLS 156 é limitado, não atendendo integralmente aos anseios por um modelo efetivamente acusatório. Por isso, sugeriu-se nova redação ao dispositivo,

vedando qualquer espécie de atuação probatória independente das partes, característica intrínseca de um modelo realmente acusatório.

Não obstante tais ressalvas, verificou-se que o PLS traz grandes avanços no que tange à temática abordada, tais como a instituição do juiz das garantias e a vedação da utilização de indícios de prova na fundamentação das decisões.

Ao final, concluiu-se que o referido projeto, em que pese conter os problemas apontados, constitui um passo significativo rumo à instituição de um processo penal de corte efetivamente acusatório, pois os poderes instrutórios do magistrado são amplamente limitados, de forma diversa ao que ocorre no contexto atual. Ressalta-se, contudo, a necessidade, concomitante à alteração legislativa, de mudança da mentalidade inquisitorial que ainda contamina o processo penal brasileiro.

Portanto, afastar a ambição da verdade inerente ao ranço inquisitorial é caminho essencial para a configuração de um processo democrático, guiado por um magistrado que deixe de assumir posturas ativas estranhas à sua função e atue verdadeiramente como garantidor dos direitos daquele que é submetido às mazelas do processo penal.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Kennedy. **Lava Jato deveria ter investigado e-mails de FHC para Odebrecht**. Blog do Kennedy, 2018. Disponível em: <<http://www.blogdokennedy.com.br/lava-jato-deveria-ter-investigado-e-mails-de-fhc-para-odebrecht/>> Acesso em: 9 jun 2018.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2016.

ASSOCIAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Estudo sobre o Projeto de Lei do Senado nº 156/09: Projeto de Código de Processo Penal**. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.ampdft.org.br/anexos/ampdft/arq00851888.pdf>> Acesso em: 2 jun 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **O Valor Probatório Da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13**. 2017. Disponível em: <<http://badaroadogados.com.br/o-valor-probatorio-da-delacao-premiada-sobre-o-16-do-art-4-da-lei-n-12850131111.html>> Acesso em: 29 mai 2018.

_____. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BOFF, Leonardo. Prefácio. In: EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**: 2.ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

BOTTINO, Thiago. **Colaboração Premiada e Incentivos à cooperação: Uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Ano 24, vol. 122, ago. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil; Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 abr 2018.

_____. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>> Acesso em: 15 abr 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 523. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Brasília, DF Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2729>> Acesso em: 18 abr 2018.

_____. 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba. Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR. Autores: Ministério Público Federal; Petróleo Brasileiro S/A Petrobras. Réus: Roberto Moreira Ferreira; Luiz Inácio Lula da Silva Fábio Hori Yonamine; Marisa Letícia Lula da Silva; Paulo Tarciso Okamoto; Agenor Franklin Magalhães Medeiros; José Adelmario Pinheiro Filho; Paulo Roberto Valente Gordilho. Relator: Sérgio Fernando Moro. Sentença, 12 de julho de 2017. Disponível em:

<https://infogbucket.s3.amazonaws.com/arquivos/2017/07/12/sentenca_lula.pdf> Acesso em: 30 mai 2018.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, 3 de outubro de 1941. Estabelece o Código de Processo Penal. Exposição de motivos do Código de Processo Penal. Brasília, DF. Disponível em: <http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf> Acesso em: 20 abr 2018.

_____. Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm> Acesso em: 16 mai 2018.

_____. Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm> Acesso em: 16 mai 2018.

_____. Congresso Nacional. Redação final do Projeto de Lei do Senado no 156, de 2009. Brasília, DF Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>> Acesso em: 1 jun 2018.

_____. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2966191>>. Acesso em: 2 jun 2018.

BRETAS, Valéria; GRANATO, Luísa. **A linha do tempo do caso triplex que levou Lula à prisão**. São Paulo: Exame. 25 abr 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/a-linha-do-tempo-do-caso-triplex-que-levou-lula-a-prisao/>> Acesso em: 29 mai 2018.

CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O Conflito entre Punir e Libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAMPOS, João Pedroso. EXCLUSIVO: FHC pediu ‘SOS’ a Odebrecht por doações a tucanos em 2010. São Paulo: **Veja**, Política. 6 jun 2018. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/fhc-pediu-sos-a-marcelo-odebrecht-por-doacoes-a-tucanos-em-2010/>> Acesso em: 9 jun 2018.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6. ed. rev. amp. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Penas e garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHEMIM, Rodrigo, **Mãos Limpas e Lava Jato: A corrupção se olha no espelho**. Porto Alegre: CDG, 2017.

CONSELHO NACIONAL DOS PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA. **Análise do Projeto de Lei 156/2009 do Senado (PL 8045/2010 na Câmara), que institui o novo**

Código de Processo Penal. Brasília, 2011. Disponível em:
<<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/cpp-reforma-mj.pdf>>
Acesso em: 2 jun 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Consultor Jurídico **Delação premiada precisa de uma nova lei para evitar atuais abusos.** 2017. Disponível em:
<<https://www.conjur.com.br/2017-dez-15/limite-penal-delacao-premiada-lei-evitar-atuais-abusos>>. Acesso em: 28 mai 2018.

_____. Empório do Direito. **O papel do novo Juiz no processo penal.** 2015. Disponível em:
<<http://emporiiododireito.com.br/backup/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>> Acesso em: 11 mar 2018.

_____. **Anotações Pontuais sobre a Reforma Global do CPP.** Projeto de Novo Código de Processo Penal. Boletim - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 18 - Edição Especial, Agosto, 2010. Disponível em:<<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/BoletimEspecialCPP.pdf>> Acesso em: 2 jun 2018.

_____. **Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado.** Brasília. Revista de informação legislativa, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. Disponível em:< <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194935>> Acesso em: 12 mar 2018.

CRUZ, Flávio Antônio da. Plea Bargaining e Delação Premiada: Algumas perplexidades. Curitiba: **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR** Edição 02 - Dezembro de 2016. Disponível em: <<http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/plea-bargaining-e-delacao-premiada-algumas-perplexidades/>> Acesso em: 19 mai 2018.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Aspectos referentes à Teoria Geral da Prova.** Projeto de Novo Código de Processo Penal. Boletim - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 18 - Edição Especial, Agosto, 2010. Disponível em:<<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/BoletimEspecialCPP.pdf>> Acesso em: 2 jun 2018.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores.** 2.ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

FARIA, José Eduardo. “Há uma mudança no conceito de prova, de processo e de delito”: Entrevista com José Eduardo Faria. São Paulo: **Jornal o Estado de São Paulo.** 6 fev 2018. Disponível em: <<http://cultura.estadao.com.br/blogs/estado-da-arte/ha-uma-mudanca-no-conceito-de-prova-de-processo-e-de-delito-entrevista-com-jose-eduardo-faria/>> Acesso em: 29 mai 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** Rio de Janeiro: Nau, 2006.

GARAPON, Antoine; PAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e Common Law em uma perspectiva comparada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José et al. **Prova Penal: Estado Democrático de Direito**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

G1. Entenda a condenação de Lula no caso triplex. São Paulo: **G1 - Portal de Notícias da Globo**. 7 abr 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/entenda-a-condenacao-de-lula-no-caso-do-triplex.ghtml>> Acesso em: 28 mai 2018.

KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2016.

_____. O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório? Porto Alegre: **Revista Civitas**. Porto Alegre. v. 10, n. 2, p. 293-308, 2010. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/6513/5607>> Acesso em: 10 mar 2018.

LANGBEIN, John H. **Torture and Plea Bargaining**. New Haven, Estados Unidos: Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1978. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4154&context=uclev>> Acesso em 5 mai 2018.

LIMA, Carlos Fernando dos Santos. Réplica: Colaborações premiadas têm revolucionado as investigações. São Paulo: **Folha de São Paulo**, , 4 set 2017. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/09/1915548-colaboracoes-premiadas-tem-revolucionado-as-investigacoes.shtml>> Acesso em: 28 mai 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13.ed. - São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Fundamentos do Processo penal: introdução crítica**. 2.ed. - São Paulo: Saraiva, 2016.

_____.;MORAIS DA ROSA, Alexandre. Consultor Jurídico. **Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato**. Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>> Acesso em: 29 mai 2018.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal. vol. 1**. 2. ed. rev. e atual. Campinas: Millennium, 2000.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Para o cidadão. **Caso Lava Jato**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>> Acesso em: 14 mai 2018.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Quem tem medo do “juiz das garantias”?** Projeto de Novo Código de Processo Penal. Boletim - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 18 - Edição Especial, Agosto, 2010. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/BoletimEspecialCPP.pdf>> Acesso em: 3 jun 2018.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia de Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

MORO, Sérgio Fernando. **Considerações sobre a Operação Mani Pulite**. Revista Jurídica do Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal. Brasília. v. 8 n. 26 jul./set. 2004. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/issue/view/41>> Acesso em: 29 mai 2018.

NOVINSKY, Anita Waingort. **A Inquisição**. 10. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 16. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ODILLA, Fernanda. Lava Jato: MPF recupera R\$ 11,9 bi com acordos, mas devolver todo dinheiro às vítimas pode levar décadas. **BBC Brasil**, Londres, 17 mar 2018. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-43432053>> Acesso em: 24 mai 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

POLÍCIA FEDERAL. Imprensa. **Operação Lava Jato**. 2016. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato>>. Acesso em: 14 mai 2018.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório - **A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3.ed. - Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2009.

RODAS, Sérgio. Consultor Jurídico **Acordos de delação premiada da “lava jato” violam Constituição e leis penais**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-15/acordos-delacao-lava-jato-violam-constituicao-leis-penais?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook> Acesso em: 29 mai 2018.

STRECK, Lênio Luiz. Consultor Jurídico. **Há excesso de garantias, diz professor. O que dirão os 750 mil presos?** 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-15/senso-incomum-excesso-garantias-professor-dirao-750-mil-presos>> Acesso em: 29 mai 2018.

_____. Consultor Jurídico. **Uso de grampo entre Dilma e Lula divide opiniões de profissionais do Direito**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-19/uso-grampo-entre-dilma-lula-divide-opinioes-direito2>> Acesso em: 30 mai 2018.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Jornal GGN: O jornal de todos os brasis. **Incongruências da Lava Jato**. 2016. Disponível em: <<https://jornalggm.com.br/noticia/incongruencias-da-lava-jato-por-leonardo-isaac-yarochewsky>> Acesso em: 14 mai 2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZILLI, Marcos. **Os atores e seus papéis**. Projeto de Novo Código de Processo Penal. Boletim - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 18 - Edição Especial, Agosto, , 2010. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/BoletimEspecialCPP.pdf>> Acesso em: 3 jun 2018.